

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BERTILDA DIAZ MEJIA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- (RAD. 02 2019 00239 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

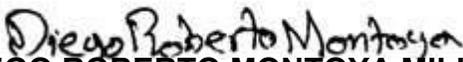
AUTO

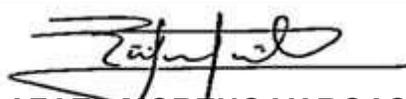
Sea lo primero indicar frente al escrito visible a folios 191 y 195 del expediente, mediante el cual la demandante solicita tener en cuenta dos declaraciones extra proceso, tal petición carece de la debida representación judicial, pues nótese que a folio 1 del expediente milita el poder conferido por la actora a la Dra. ANA CLEMENCIA CORONADO, quien hasta el momento es la única facultada por la Ley para ejercer la representación del señora BERTILDA DÍAZ MEJÍA, por ostentar la calidad de abogada y apoderada de la accionante, ello por así disponerlo al artículo 33 del C.P.T y S.S., a más de que en gracia de la discusión tal solicitud debe rechazarse puesto que de conformidad con el artículo 83 del C.P.T. tal documental ni fue pedida ni tampoco se solicitó su decreto en primera instancia.

Por lo anteriormente expuesto la Sala Cuarta de decisión del Tribunal Superior de Bogotá,

RESUELVE

PRIMERO: RECHAZAR la solicitud presentada de manera directa por la accionante, visible a folios 191 y 195 del expediente.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Por otro lado, se reconoce personería adjetiva a la abogada LAURA ROCIO MARTÍNEZ LIZARAZO, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos el poder de sustitución otorgado por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, en su calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal, el cual se incorporó a las diligencias por medio electrónico y obra a folio 201.



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Colpensiones y la demandante (fls.199, 200 y 207 a 209), 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 Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de octubre de 2020 (Cd. folio 184, récord 46:40, acta a folios 185 a 187), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora BERTILDA DIAZ MEJIA identificada con C.C 36 172 678 por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de la inexistencia del derecho de la obligación reconocimiento y pago de la sustitución pensional propuesta por la parte demandada por lo expuesto con precedencia.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante dentro de las cuales deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo mensual vigente.

CUARTO: Por haber sido esta sentencia contraria a las pretensiones del demandante el expediente será enviado ante el superior, en el grado jurisdiccional de CONSULTA por ser totalmente adversa a la demandante como ya indico.”

Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación, expresando si bien en la resolución GNR 757428 del 25 de noviembre del 2016 se indica que fue el mismo día de la muerte en que la señora Bertilda

solicito la pensión de sobrevivientes de su compañero permanente, asegura fue un error de la resolución toda vez que se requiere para la aceptación y el trámite de esta prestación una serie de requisitos exigidos por Colpensiones los cuales adjuntó su representada y no fueron tenidos en cuenta, situación que no puede ser un indicio para negar el derecho.

Aduce, conforme a lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia es posible que una pareja se tenga que distanciar del sitio donde tenían su hogar por cuestiones de salud, de trabajo o por otras circunstancias por fuerza mayor, en el presente caso el compañero permanente de la demandante tuvo que trasladarse a la ciudad de Cali en el año 2007 por las cuestiones de salud, pues así lo declararon en interrogatorio de parte la demandante y los testigos que se escucharon.

Manifiesta que no se analizaron en conjunto las pruebas aportadas pues no existe duda alguna que existió una convivencia entre 1992 y 2007 y frente a la convivencia de los últimos cinco años, aduce si bien es cierto el señor Fonseca hermano del causante manifestó que ellos lo visitaron en una sola oportunidad a Ginebra-Valle no es menos cierto que en su declaración señaló que la señora Bertilda viajaba con frecuencia en el transporte suministrado por sus hermanos y que se quedaba en la casa en Palmira donde otros hermanos.

Por otro lado señala, la afiliación que mantenía el causante a la seguridad social en salud de su compañera permanente es una prueba de ese socorro y ayuda mutua, pues nunca dejó de existir, por cuanto si eso hubiese sido así necesariamente el causante la hubiera desafiliado, lo cual únicamente ocurrió cuando muere el pensionado, precisando la testigo Olga también declara que le consta que la señora viajaba cada quince días o una vez al mes al Valle a reunirse con su compañero permanente, lo cual comprueba que es ese lazo nunca se rompió y que si existió esa fraternidad, advirtiendo una cohabitación no quiere decir que se haya roto ese lazo de amor y de socorro que siempre se mantuvo hasta el año 2016.

Considera que se dejó de analizar todas las autorizaciones que la señora tenía para reclamar los recibos y la pensión del representado, hecho que tiene bastante importancia pues no cualquier persona va a dar esas autorizaciones a una persona que no es de su entera confianza o que no es su compañera permanente, razones por las cuales considera que los testimonios fueron indebidamente

analizados en forma aislada y no con el total del acervo probatorio que se aportó al expediente (Cd. folio 184, récord: 47:54)¹

¹ “Si su señoría muchas gracias en este momento me permito interponer el recurso de apelación contra el fallo absolutorio que se acaba de pronunciar con base en las siguientes circunstancias:

Sea primero manifestar que si bien la resolución GNR 757428 del 25 de noviembre del 2016 se indica que fue el mismo día de la muerte en que la señora Bertilda solicitó la pensión de sobrevivientes de su compañero permanente creo fue un error de la resolución del texto por cuanto la declaración extra juicio a las que su señoría alude tienen fecha del 20 de octubre del 2016 es decir unos meses después del fallecimiento y resultaría imposible radicar el mismo día de la fecha de fallecimiento, toda vez que se requiere para la aceptación y el trámite de esta prestación una serie de requisitos exigidos por Colpensiones los cuales adjunto mi representada que no fueron tenidos en cuenta, entonces este indicio que su despacho considera que de ser cierto sería muy desafortunado pero creo que fue una imprecisión de la resolución al señalar la misma fecha del fallecimiento del causante como la fecha de petición de la prestación económica por parte de mi representada. Hecha esta aclaración me permito sustentar el recurso en los siguientes términos:

Su señoría con gran sabiduría ha traído a colación varias sentencias de la corte suprema de justicia que pide que en casos especiales como el que aquí se menciona se toma que tenga en cuenta cada uno de los casos en forma específica, por cuanto es posible que una pareja se tenga que distanciar del sitio donde tenían su hogar por cuestiones de salud, de trabajo o por otras circunstancias por fuerza mayor. El presente caso nos enfoca en este asunto pues como se encuentra probado dentro del expediente, el compañero permanente de mi representada el señor Antonio José Obando Galvis tuvo que trasladarse a la ciudad de Cali en el año 2007 por las cuestiones de salud así lo declararon en interrogatorio de parte la demandante y los testigos que se escucharon en la audiencia pasada tales como: La señora Olga Mongui Sánchez, el hermano del causante, el señor Gonzalo Obando Galvis y el ex cuñado de la señora Bertilda el señor Manuel Eduardo Fonseca Torres. Su señoría no da credibilidad a estos testimonios en cuanto a la continuidad que existió de la convivencia que existió entre los compañeros permanentes teniendo en cuenta unas declaraciones extra juicio que se aportaron en el expediente administrativo que fueron objeto de la solicitud para la prestación, pero se ha perdido de vista que aquí no se analizaron en conjunto las pruebas aportadas pues no existe duda alguna y así lo ha manifestado su señoría que existió una convivencia entre 1992 y 2007, pero frente a la convivencia de los últimos cinco años al fallecimiento del señor Antonio José dice no haberse probado esa continuidad de convivencia la cual no estoy de acuerdo por cuanto si bien es cierto el señor Fonseca hermano del causante manifestó que ellos lo visitaron en una sola oportunidad a Ginebra-Valle no es menos cierto que en su declaración ha manifestado que la señora Bertilda viajaba con frecuencia en el transporte que eran utilizados por sus hermanos y que quedaba en la casa en Palmira donde otros hermanos, que siempre su hermano la presentaba como su esposa y que además tenía conocimiento de que él tenía una permanente comunicación con su compañera permanente y además le suministraba dinero para su manutención. Si la señora paga, pago o no lo concerniente a las cuotas de la vivienda y que fue objeto de una reclamación por parte de la entidad financiera la cual debía eso no es una circunstancia que demerite la dependencia ni la ayuda mutua que se tenía pues la señora aunque el señor le suministraba estos dineros para ser un pago ella debió hacer eso y decidió no hacerlo, pero esta circunstancia en manera alguna puede desvanecer o desconocer la convivencia que tenían.

Por otro lado la señora Olga Lucila Mongui Sánchez quien declaro de forma conteste, manifiesta en forma fehaciente que conoce a la pareja desde 1986 por cuanto era el señor Obando había acudido a una oficina de abogados donde ella labora y a ella le consta por esa relación directa y permanente que la señora demandante con el causante mantuvieron su relación hasta la fecha de su fallecimiento esto es el 22 de julio de 2016 y es que está sola prueba pero analizada no solamente con la compra que hizo la pareja en el año 2006 sino la afiliación que mantenía el causante a la seguridad social a salud específicamente de su compañera permanente es una prueba de que muestra que ese socorro y esa ayuda mutua nunca dejó de existir por cuanto si eso hubiese sido así necesariamente el causante la hubiera desafiliado, la señora solamente es desafiliada cuando muere el causante y pues no le conceden inicialmente la pensión de sobrevivientes. La señora Olga también declara que le consta que la señora viajaba cada quince días o una vez al mes al Valle a reunirse con su compañero permanente esto indica también que es ese lazo nunca se rompió que si existió esa fraternidad y esa ayuda que si bien es cierto no podía decir la señora Olga o costarle si tenían una convivencia lo cierto es que el hecho como la ha dicho la Honorable Corte suprema de justicia y su señoría en varias sentencias lo ha manifestado de una cohabitación no quiere decir que se haya roto ese lazo de amor y de socorro que siempre se mantuvo hasta el año 2016 y es que el hecho de que la señora Bertilda no haya asistido al entierro del señor Obando también tenía su explicación y fue dada aquí por los testigos y era de orden económico y tan es cierta esa circunstancia de como usted misma lo decía había unas acreencias financieras que la señora no cubrió a pesar de que el señor le mandaba los dineros lo cual demuestra que existía un desequilibrio económico que indudablemente con llevaron a que ella no pudiera viajar en esa oportunidad tan desafortunada, pero los mismos testigos son contestes al manifestar que esa relación existió hasta la fecha del fallecimiento del señor Obando y que la señora iba continuamente a visitarlo.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante BERTILDA DIAZ MEJIA, las pretensiones que relacionó a folio 4 del expediente, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos consignados a folios 2 a 4, solicitando se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional con ocasión de la muerte del señor Antonio José Obando Galvis, a partir del 22 de julio del 2016, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre que se hubieren causado, los interés moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, la indexación de todas y cada una de las mesadas pensionales, costas y agencias en derecho, derechos *ultra y extra petita*. Obteniendo sentencia adversa a sus pretensiones, pues se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerarse que la demandante no acreditó la convivencia con el causante dentro de los 5 años anteriores a su deceso.

Previo a dilucidar el debate planteado, es menester precisar, no es objeto del litigio que el señor JOSE ANTONIO OBANDO GALVIS, falleció el 22 de julio del 2016, tal y como se constata con la copia del registro civil de defunción visible a folio 14, tampoco existe controversia en que éste se encontraba pensionado desde el 15 de febrero del año 2000, conforme lo indica la Resolución No. 034176 del 28 de octubre del 2004, con una mesada pensional de \$260.100 (para el año 2000) (fls. 75 a 78).

En este orden de ideas, habida cuenta de la fecha de la muerte del causante, la norma que regula la situación planteada corresponde a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, la cual se encontraba vigente para el 22 de julio del 2016 (fl. 14), y que en sus partes

De otro lado su señoría se dejó de analizar todas las autorizaciones que la señora tenía para reclamar los recibos y la pensión del representado hecho que tiene bastante significación pues no cualquier persona va a dar esas autorizaciones a una persona que no es de su entera confianza o que no es su compañera permanente por esta razón considero que los testimonios fueron indebidamente analizados en forma aislada y no con el total del acervo probatorio que se aportó al expediente que inexorablemente mostraban que por circunstancias especialísimas se tuvo que trasladar el señor Obando a la ciudad de Cali , estas circunstancias no rompió la demandante con el causante por estas razones solicito al Honorable Tribunal revocar la sentencia y en consecuencia conceder lo peticionado en la demanda, muchas gracias.”

pertinentes señalan que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad; señala el literal a) del artículo 47 citado que, en caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por **muerte del pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte².

Precisándose respecto del tiempo de convivencia que debe acreditar la cónyuge supérstite, la Corte Suprema de Justicia, ya ha tenido oportunidad de aclarar el tema, señalando que los cinco (5) años que habla la norma para el cónyuge que va a recibir una cuota parte, puede ser cumplida en “*cualquier tiempo*” (ver sentencia SL 12442 proferida dentro de la radicación No. 47173 del 15 de septiembre de 2015³), pero para la **compañera permanente**, como es el caso que

² Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1094 de 2003.

³ “*Así las cosas, la discusión jurídica en el sub lite gira en torno a determinar si a la luz del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cónyuge separado de hecho que ha mantenido vigente el vínculo matrimonial tiene la condición de beneficiario y puede aspirar a la pensión de sobrevivientes así no demuestre convivencia al momento de la muerte, ni en los 5 años inmediatamente anteriores a su ocurrencia.*”

1.- Al respecto se ha de precisar que la jurisprudencia de esta Sala venía exigiendo tanto al cónyuge como al compañero (a) permanente demostrar convivencia al momento de la muerte, y en los dos años anteriores a ésta en vigencia del artículo 47 original de la Ley 100 de 1993 (salvo cuando en ese lapso hubieren procreado hijos comunes, que suple el requisito de convivencia de los dos años anteriores, pero no al momento de la muerte), y en los cinco años precedentes al fallecimiento cuando el deceso hubiere ocurrido estando en vigor el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el anterior, y sin que se hiciera diferencia de si se trataba de la muerte de un afiliado o de un pensionado. (Sentencia CSJ SL, 20 may. 2008, rad. 32393). B Sin embargo, la anterior postura fue variada en relación con el (la) cónyuge a partir de la sentencia CSJ SL, 20 nov. 2011, rad. 40055, donde en un nuevo examen del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, aplicable al sub lite, esta Corporación precisó que dicho requisito no podía exigirse en casos de convivencia no simultánea entre el afiliado o pensionado con un cónyuge supérstite del que estaba separado de hecho, y un compañero (a) permanente, pues el inciso tercero del artículo 13 en comento, le confirió también «la condición de beneficiario al cónyuge separado de hecho que conserve vigente el vínculo matrimonial, quien tendrá derecho a la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el de cujus», siempre y cuando demuestre que hubo convivencia mínimo por un término de cinco (5) años en cualquier tiempo.

Más tarde, en la sentencia CSJ SL, 24 ene. 2012, rad. 41637, la Sala amplió la interpretación de ese mismo inciso tercero del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y estimó que para efectos de que el cónyuge separado de hecho pudiera acceder como beneficiario a la pensión de sobrevivientes, no era menester la presencia de una compañera (o) permanente con convivencia no simultánea, pues dicha exigencia no resultaba proporcional ni justificada de cara a los principios y objetivos de la seguridad social, y no realizaba la protección al vínculo matrimonial que el legislador incorporó en dicha reforma, por lo que en esos eventos la esposa o esposo podía reclamar la prestación a condición de demostrar que hizo vida marital con el de cujus durante un término no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo.

(...)

Por último, en fallo CSJ SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, se estableció por parte de esta Corporación, siempre

nos ocupa, si se requiere que la convivencia se de en los cinco años anteriores al fallecimiento del pensionando.

Advirtiéndose frente a este punto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730 de 2020⁴, señaló que la lectura de la precitada disposición (literal a) del

en interpretación del inciso tercero del artículo 13 objeto de estudio, que la prestación de supervivencia no podía ser negada al (a la) cónyuge con vínculo matrimonial indemne, por la circunstancia de no tener sociedad conyugal vigente, porque la voluntad del legislador fue proteger la «unión conyugal» y el artículo 42 de la Constitución Política señala que «los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil». La protección debe otorgarse eso sí, mientras se demuestre vida en común entre los esposos por un lapso no inferior a cinco (5) años en cualquier tiempo. (...)

2.- Precisado lo anterior, es menester señalar que la labor del juez no se reduce a la simple aplicación mecánica de la ley, sino que en su función trascendente subyace el imperativo de hacer efectivo el bien jurídico protegido, que no se realizaría si se acogiera una interpretación exegética del inciso 3° del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Una lectura sistemática atendiendo la teleología del precepto conduce a su armonización con lo previsto en el artículo 46 ibídem, en el sentido que para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes se exige ser miembro del grupo familiar del pensionado o afiliado que fallezca. En otras palabras, el amparo se concibe en la medida en que quien reivindica el derecho merezca esa protección, en cuanto forma parte de la familia del causante en la dimensión en que ha sido entendida por la jurisprudencia de la Sala, referida en el caso de los cónyuges, a quienes han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo -elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico, aún en casos de separación y rompimiento de la convivencia (CSJ SL, 10 de may. 2005, rad. n° 24445.) (...)

Una comprensión distinta orientada por la aplicación fría y exegética del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que en el caso del cónyuge separado de hecho, por la sola existencia del lazo matrimonial, sin la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, permitiera el beneficio de la prestación periódica por muerte, dejaría vacía de contenido la protección de la familia que la ley verdaderamente quiere amparar. En esa medida aquel cónyuge a quien se le dispense el derecho a pesar de haber cesado la vida en común con el causante al momento del fallecimiento, además de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, deberá demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención. No se trata de excluir el amparo bajo el concepto de cónyuge culpable, sino que quien lo reclama debe hacerse acreedor a él, pues la protección de la seguridad social en la medida en que ambos regímenes tanto el de prima media como el de ahorro individual, implican un esfuerzo colectivo y solidario, debe acoger al verdadero titular, porque de lo contrario se generaría inequidad, cuando frente al bien jurídico protegido el reclamante resulte ajeno a él. (...)

⁴ “En relación con el objeto de la controversia, la doctrina reiterada de la Corte, entre otras, en las sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068- 2016, CSJ SL347-2019, ha sido enfática en señalar, que la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para cónyuge como para compañero o compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado.

Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar.

El Sistema de Seguridad Social Integral propende por la obtención de condiciones de vida dignas, mediante la protección de las contingencias que afectan a las personas y a la comunidad. En armonía con lo dispuesto en el art. 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio, que se presta en los términos y condiciones previstas en la ley, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; de ella, hace parte el Sistema General de Pensiones, instituido con la finalidad específica de amparar de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Tal como lo recordó el Tribunal, para definir el contenido constitucional del derecho a la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de principios, condensados en la sentencia CC C-1035-2008, así:

1. Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante: Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte que “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”

2. Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados: En el mismo sentido, la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevenida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual “el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes”

3. Principio material para la definición del beneficiario: En la sentencia C-389 de 1996

“(…) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien (sic) es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido”

Por otra parte, al analizar la constitucionalidad del aparte de la disposición que ocupa la atención de la Sala, en la sentencia CC C-1094-2003, la referida Corporación señaló:

2.3. Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, es **razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia.** Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias **pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia; también se ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional.** Por esto, dijo la Corte, **con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada.**

La jurisprudencia constitucional ha resaltado también que el artículo 48 de la Constitución otorga un amplio margen de decisión al legislador para configurar el régimen de la seguridad social.

En ejercicio de esta atribución y de acuerdo con las disposiciones demandadas, las cuales guardan una estrecha relación material entre sí, el legislador distingue entre requisitos exigidos en relación con las condiciones de causante al momento de su fallecimiento (art. 12) y calidades de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (art. 13).

[...]

2.5. Constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 797

Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero supérstite; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.

Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes “constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar”.

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social. (Subraya y negrilla fuera de texto)

Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (subraya y negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes” (subraya y negrilla fuera de texto).

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo

que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional, precisó:

Además de ser denominada constitucionalmente como el núcleo fundamental de la sociedad (C.Po. art. 42), la familia ha sido definida por la Corte Constitucional como “Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos”. De su parte, el artículo 5º. de la Carta Política establece que el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad, mientras el inciso segundo del artículo 42 superior prevé que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La jurisprudencia ha señalado el marco constitucional de protección para la familia en los siguientes términos:

“(…) en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5º de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral”

4. Competencia del legislador para regular el servicio de seguridad social

4.1. Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 48, 49, 53 y 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República cuenta con atribuciones amplias para configurar el sistema normativo a partir del cual se presta el servicio público de seguridad social. Por tratarse de una actividad que implica atención para el bienestar de la comunidad en materia de salud, con eventuales contingencias para la vida de los asociados, el constituyente quiso que la relación entre las instituciones prestadoras del servicio y los usuarios del mismo, fuera gobernada mediante un sistema legal específico en el cual la voluntad de los contratantes juega un rol secundario frente a las decisiones del legislador, siempre y cuando éstas sean conformes con lo dispuesto en la Carta Política.

Además de servicio público, la seguridad social en salud es un derecho de carácter prestacional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, concebido como mandato dirigido al Estado Social de Derecho, para ensamblar un sistema conformado por entidades y procedimientos encaminados a ofrecer una cobertura general ante las contingencias que puedan afectar la salud de las personas. Según el constituyente, este derecho ha de ser garantizado con sujeción a los principios de eficiencia, continuidad, universalidad, buena

fe y solidaridad, para la prevención, promoción y protección de la salud y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

4.2. El marco jurídico diseñado por el constituyente permite al legislador configurar el sistema de seguridad social en salud, dentro de los límites propios del Estado Social de Derecho y de conformidad con los principios, derechos y garantías establecidos en la Constitución Política. Precisamente, el Estatuto Superior consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales y jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.

[...]

4.8. Para la Sala, la exigencia de convivir durante un lapso superior a dos años para lograr afiliarse como beneficiario del Plan Obligatorio de Salud al compañero (a) permanente, quebranta los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia, por cuanto el constituyente consagró una protección igual para las uniones familiares constituidas por vínculos naturales o jurídicos, como también para las conformadas por la decisión libre de contraer matrimonio o la voluntad responsable de conformarlas.

Desde una perspectiva constitucional no existe una justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado, mientras que el compañero (a) no puede ser afiliado al POS si la unión permanente es inferior a dos años. Sobre esta materia es pertinente recordar el texto del artículo 42 de la Carta Política, según el cual:

[...]

4.10. La diferencia de trato entre el cónyuge del afiliado y el compañero (a) permanente del afiliado a quien se impone la obligación de convivir durante un período mínimo de dos años para acceder a las mismas prestaciones, no está justificada bajo parámetros objetivos y razonables, por cuanto se impone a éste último la carga de permanecer durante dos años sin los beneficios propios del Plan Obligatorio de Salud, brindándole como explicación que se trata de un lapso efímero durante el cual podría afiliarse como trabajador independiente al régimen contributivo o al régimen subsidiado, o acceder a los servicios en calidad de vinculado.

Similares consideraciones podrían hacerse respecto del cónyuge a quien la norma ampara como beneficiario a partir del matrimonio; sin embargo, la disposición, contrariando lo dispuesto en el artículo 13 superior, ordena darle al compañero (a) permanente un trato discriminatorio al imponerle una carga desproporcionada, en cuanto a pesar de estar conformando una familia lo obliga a permanecer durante dos años por fuera del ámbito de cobertura señalado en el artículo 163 de la ley 100 de 1993.

[...]

Mientras el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 regula el régimen económico de las uniones maritales de hecho, el artículo 163 de la ley 100 de 1993 se aplica a la cobertura familiar en el Plan Obligatorio de Salud; es decir, una y otra disposición son ontológicamente diferentes, la primera aplicable a las consecuencias económicas derivadas de la unión marital de hecho, al paso que la segunda está relacionada con la protección integral de la familia en cuanto a la prestación del servicio de seguridad social en salud se refiere, materia ésta que vincula la protección eficaz de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y a no ser discriminado en razón del origen familiar.

Por esta razón, desde una perspectiva constitucional el término de dos años previsto en el artículo 2º. de la ley 54 de 1990 y el de dos años establecido en el artículo 163 de la ley 100 de 1993, no pueden ser considerados como similares ni mucho menos homologables, pues uno y otro atienden a un origen y a unos propósitos sustancialmente distintos.

En cuanto a lo dispuesto en el art. 10 del Decreto 1889 de 1994, que prevé que se considera compañera o compañero permanente para efectos de la pensión de sobrevivientes causada por la muerte de un afiliado, la última persona que haya hecho vida marital con aquel durante un lapso no inferior a dos (2) años, otrora se consideró por la Sala había perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, por ser de mayor jerarquía y prevalecer sobre el aludido decreto (CSJ SL1402-2015), y posteriormente, que no resultaba aplicable por cuanto reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia, no así la Ley 797 de 2003 (CSJ SL347-2019). En esta oportunidad, recoge esta última tesis la Sala, para precisar que el Decreto 1889 de 1994 reglamentó parcialmente las normas del Sistema General de Seguridad Social

art.13 de la L. 100 de 1993) advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado, enfatizando, *“una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador”*.

En ese orden, en primer lugar, según se verifica de la copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (folio 52), esta nació el 12 de agosto de 1962, por lo que a la fecha de fallecimiento del causante (22/07/2016) contaba con 53 años de edad, acreditando así el primero de los requisitos.

Así las cosas, para resolver las inconformidades presentadas por la promotora del recurso, consistentes en que la convivencia de la accionante con el pensionado fallecido se encuentra acreditada, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos, así:

Dentro de las documentales aportadas al proceso y en lo que interesa al objeto de la litis, se destacan las siguientes copias:

- Escritura pública No. 0089 de compra de un inmueble donde se relaciona a la demandante como deudora y al causante *“en calidad de compañera de la*

en Pensiones, por lo que cobijaba las modificaciones a las mismas, siempre que no resultara contrario a ellas.

Empero, como el decreto reglamentario no puede ir más allá de lo dispuesto en la ley, imponiendo requisitos que superen lo legalmente establecido, como lo hizo en su artículo 10, que no está por demás indicar fue subrogado por el artículo 2.2.8.2.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, se considera que, para determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la providencia citada.

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

señora BERTILDA DIAZ MEJIA manifiesta que: acepta, conoce y consiente la Hipoteca contenida esta escritura pública” (fl. 35 vto).

- Copia del carnet de afiliación al Seguro Social al sistema de salud en el cual aparece como cotizante el señor Antonio Obando Galvis y como beneficiaria la señora Bertilda Díaz Mejía (fl. 49).
- Carta dirigida al Banco Unión Colombiano suscrita por el causante autorizando a la demandante a retirar la pensión del mes de marzo del 2006 (fl. 50).
- Informe técnico de investigación de la empresa COSINTE – RM en el cual se señala como conclusión *“NO SE ACREDITO el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Bertilda Díaz Mejía (...) ya que se corroboró, que el señor Antonio José Obando Galvis y la señora Bertilda Díaz Mejía, convivieron como pareja por 15 años, es decir desde el año 1992 hasta el año 2007, desde este mismo años, el causante, convivió en la ciudad de Cali con una hija, hasta el día 22 de julio del 2016, fecha en la que falleció en causante, es decir, no convivieron los últimos 9 años de vida del señor Antonio Obando”* (fls. 68 a 72).
- Declaraciones extra proceso de OLGA LUCINDA MONGUI SANCHEZ y MANUEL ROBERTO FONSECA TORRES (fls. 97 y 99) mismos que rindieron testimonio dentro del presente litigio y cuyas versiones más adelante se analizarán.

Igualmente se recepcionó el interrogatorio de parte de la demandante (Cd. fl. 184 record: 1:24:01) quien señaló que inició su convivencia en unión libre con el causante en el año 1992, manifestando no haber procreado hijos con éste y que para el año 2006 el de cujus se trasladó a la ciudad de Cali al barrio ciudad jardín por problemas de salud, comentando que ella lo cuidó durante 1 mes en tal ciudad, pues tuvo que regresar a Bogotá por sus hijos (los de la demandante), precisando *“iba y venía”*, adujo que cuando viajaba a Cali visitaban con frecuencia al hermano de su compañero llamado Gonzalo en el municipio de Ginebra. Manifestó que el fallecido siempre le giraba dinero para pagar la cuota del apartamento y que la tuvo afiliada a salud hasta su deceso.

Por otro lado, dentro del trámite procesal se recaudaron los testimonios de GONZALO OBANDO GALVIS⁵, OLGA LUCINDA MONGUI SANCHEZ⁶ y MANUEL ROBERTO FONSECA TORRES⁷.

El primero de ellos indicó ser el hermano del pensionado fallecido y tener su domicilio en municipio de Ginebra – Valle, expuso que la demandante y el señor Antonio José Obando (q.e.p.d.) convivieron desde antes del año 2000 y hasta su muerte porque así se lo comentó su familiar y que a pesar que vivía en Cali desde el año 2007 viajaba a Bogotá a visitar a la demandante, no obstante no sabe dónde convivían en esta ciudad, refirió que tan solo una vez la demandante y su hermano lo fueron a visitar a su finca, pero que el fallecido si lo visitaba cada 8 días y se quedaba con él, percibiendo que el de cujus llamaba a la actora por celular, comentó que su hermano falleció en Cali y que al funeral no asistió la actora.

La testigo MONGUI SÁNCHEZ amiga de la demandante desde el año 1992 declaró que la pareja de compañeros convivían juntos en el barrio Villa María hasta que el de cujus se fue a vivir a la ciudad de Cali por problemas de salud, indicando saber que la actora estuvo con él en tal ciudad tan solo unos días porque se tuvo que devolver (sin explicar las razones de ello), no obstante aseguró el fallecido siempre estuvo muy pendiente de la accionante pues le giraba dinero y por ende la actora dependía totalmente de éste, comentó saber que el hermano del fallecido transportaba a la demandante a Cali porque una vez la testigo la acompañó hasta el carro de dicha persona y que ésta se hospedaba en la casa de la hija del fallecido o de un hermano, porque en ocasiones la deponente la llamo a dichos lugares, finalmente indicó que el de cujus vino a Bogotá en el año 2013.

Finalmente el señor MANUEL ROBERTO FONSECA afirmó haber sido el cuñado de la actora hasta el año 2015 (pues se separó de la hermana de la accionante), declarando conocer que la demandante y el fallecido convivieron juntos desde el año 1992 hasta cuando el de cujus se fue a residir a Cali por temas de salud, precisando que por comentarios de su ex esposa sabe que la accionante viajaba a Cali pero desconoce la frecuencia de tales viajes, no sabe cuándo fue la última fecha en que la pareja de compañeros compartieron juntos y solo le consta sobre

⁵ Cd. fl. 184, record 26:44

⁶ Cd. fl. 184, record 42:03

⁷ Cd. fl. 184, record 53:22

la convivencia hasta cuando el fallecido decidió trasladarse a Cali, refiriendo incluso que en las épocas de navidad o en ocasiones especiales la promotora del litigio las pasaba en Neiva.

Así las cosas, conforme lo reseñado esta Sala de decisión una vez analizadas en conjunto las pruebas bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, arriba a las mismas conclusiones de la Juez *a quo*, en cuanto a que si bien la señora BERTILDA DIAZ y el señor JOSE ANTONIO OBANDO (q.e.p.d.) tuvieron una unión marital de hecho, acreditándose de esta manera la calidad de compañera permanente de la actora, lo cierto es que NO se logró demostrar en el presente asunto que hizo vida en común con el causante durante **5 años continuos con anterioridad a su muerte**, tan solo se logró tener certeza de una convivencia aproximada del año 1992 al 2006 o 2007, pues a partir de esa anualidad el causante decidió trasladar su domicilio a la ciudad de Cali, por ende es claro que **la convivencia no fue continua** del 22 de julio del 2011 al 22 de julio del 2016 (5 años antes del deceso), en tanto hubo una interrupción desde el año 2007 conforme se extrae de los dichos de los tres testigos, situación que incluso la propia accionante refirió en su interrogatorio, lo cual reafirma que la convivencia en el lapso exigido por la ley no fue permanente, donde se evidenciara una verdadera comunidad de vida con el vínculo existente de amor y protección, con sus consecuentes manifestaciones de ayuda y apoyo mutuos, por parte de la demandante al momento de la muerte del pensionado, situaciones que como ya se dijo en autos no fueron demostradas, pues ni tan siquiera la actora estuvo acompañándolo en su lecho de muerte, ya que ello no se probó.

Advirtiendo la testimonial recaudada dentro del proceso nada esclarece sobre el tema, pues todos son testigos de oídas a ninguno les consta como se pudo desarrollar la convivencia de la actora con el fallecido durante el tiempo en que éste se domicilió en Cali, ya que no narraron las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales tienen certeza que la misma se efectuó en tal ciudad pese a la separación de cuerpos que tuvo la pareja desde el año 2006, brillando por su ausencia elementos tendientes a demostrar que los compañeros tenían un proyecto de vida como pareja, forjado en el apoyo y socorro mutuos.

Aunado a lo anterior y si bien se deben tener en cuenta las documentales aportadas, resulta que las mismas tan solo son un indicio de la dependencia económica de la actora con el causante, más no acreditan de manera alguna la convivencia continua e ininterrumpida por lo menos del 2011 al 2016 (5 años anteriores al deceso del pensionado).

Advirtiendo la Sala en este punto, si bien la Ley no exige que la convivencia se de en un mismo techo si se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común del 2007 al 2016.

Recuérdese que conforme lo ha establecido la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL1399, Radicación No. 45779 del 25 de abril del 2018 la convivencia es *“aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado”*, precisando la misma Corporación que *“la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común”* excluyendo de ésta *“encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.”*

Conforme a todo lo anterior, se itera no hay certeza de que la convivencia entre la demandante y el causante se haya dado dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento del señor JOSE ANTONIO OBANDO GALVIS (2011-2016), sin que se puedan atender de manera favorable los argumentos expuestos en la apelación dirigidos a atacar la valoración de las pruebas, pues es de estas que se extrae justamente, que el de cuius si bien pudo tener una relación sentimental con la demandante no tenía el ánimo de crear una comunidad de vida con ella dirigida a un destino común, considerando la Sala en autos no se demostró que los compañeros no cohabitaran bajo el mismo techo de manera continua, en razón de circunstancias especiales, pues ni tan siquiera se acreditó que los padecimientos

del fallecido impidieran que la demandante conviviera con éste en la ciudad de Cali.

Frente a este punto la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencias del 28 de octubre de 2009 radicación 34899, reiterada en las del 1° de diciembre del mismo año y 31 de agosto de 2010, radicados 34415 y 39464, respectivamente, dijo que “(...) *el alcance y entendimiento que le dio el sentenciador de segundo grado al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2002 (sic), no resulta desacertado, pues de conformidad con dicha preceptiva, la convivencia ... no desaparece por la sola ausencia física de alguno de los dos, cuando ello ocurre por motivos justificables, como de salud, oportunidades u obligaciones laborales, imperativos legales o económicos, entre otros, (...) puso de presente que (...) **tiene que existir certeza que se conserva como tal, así se estén habitando lugares diferentes, lo que impone entonces la tarea de verificar cómo fue que se dio esa convivencia**, (...)*” Negrillas fuera de texto.

Por todo lo anterior, se concluye la orfandad probatoria por parte de la promotora del litigio dirigida acreditar que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, no encontrándose demostrado por tanto el supuesto de hecho sobre el cual se funda su pretensión, destacando en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la misma señora Beatriz Quesada, la cual quedó expuesta a lo que Carnelutti llama "EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA", sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la "*falta de la prueba*".

Así las cosas, como se ha venido anunciando a lo largo de esta providencia, para la Sala no se acreditó el requisito de la convivencia exigido por la normatividad aplicable y en ese orden habiéndose arribado las mismas conclusiones del Juez a *quo* lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

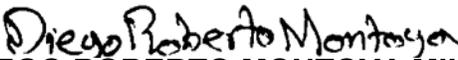
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO 2° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., por las consideraciones expuestas.

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

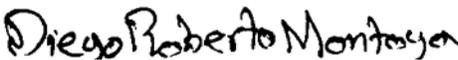
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


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 \$700.000, a cargo de la demandante, 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 DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BÁRBARA BAUTISTA OICATA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES PORVENIR Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 03 2018 00445 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, mediante correos electrónicos del 28 y 29 de septiembre, respectivamente, 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 los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de agosto de 2020 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:21:34, acta de audiencia folios 302 y 303), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de la demandante BÁRBARA BAUTISTA BOICATA del régimen de prima media con prestación definida administrado por el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por DAVIVIR PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN realizado el 01 de julio de 1999, así como el traslado horizontal posterior realizado entre DAVIVIR y PORVENIR el 24 de enero del año 2000 para entender válidamente*

vinculada a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el caso de que hubiese realizado alguna, bonos pensionales en el caso de existir con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, aceptar el traslado de los dineros provenientes de PORVENIR S.A para que proceda a activar la afiliación de la demandante como si nunca se hubiese trasladado de régimen de prima media con prestación definida, así mismo actualice la historia laboral en semanas cotizadas

CUARTO: DECLARAR como no probada la excepción de prescripción propuesta por cada una de las demandadas conforme a la parte motiva de esta providencia, incluyendo en ella la de caducidad.

QUINTO: CONDENAR en costas junto con agencias en derecho a PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A las cuales se tasan en la suma de \$1.000.000 de pesos para cada una de ellas.

SEXTO: *En caso de no ser apelada la presente providencia por la demandada Colpensiones CONSULTESE con el superior en los términos del artículo 69 del Código de procedimiento del trabajo y de la seguridad social.”*

Inconforme con la decisión, los apoderados de las convocadas PORVENIR y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación, respectivamente.

En primer lugar, PORVENIR refiere no ser posible relevarse del estudio del interrogatorio de parte rendido por la demandante, las declaraciones extrajudicial y los testimonios pues son relevantes. Con relación al primer medio de prueba, destaca su importancia en razón a la contradicción de su versión con lo declarado ante notario, e incluso, los hechos expuestos en el libelo introductor, particularmente al aducir que no recordaba haber recibido ningún tipo de asesoría por la administradora de pensiones DAVIVIR en el año 1999, aunque reconoció como suya la firma impuesta en el formulario de afiliación, pese a que en la declaración extrajudicial dijo haber recibido asesoría.

Menciona, tales contradicciones conllevaron incluso a que el Despacho dispusiera la compulsión de copias a la Fiscalía General de la Nación.

Con relación a los testimonios, aduce, aunque estos no brindan mayor información sobre la situación particular de la actora y no estuvieron presentes al momento de la suscripción del formulario de afiliación a DAVIVIR, del testimonio de MARTHA YOLIMA se puede rescatar que la segunda afiliación, la de PORVENIR, son diferentes a las relatadas por la demandante, contradicciones que alude, impiden acceder a las pensiones ante la falta de claridad de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se dio la afiliación de la demandante. En este mismo punto, señala, han transcurrido más de 20 años por lo que las nuevas experiencias pueden alterar la fidelidad de su declaración.

De otro lado, dice, pese a considerarse la jurisprudencia sobre la materia, no se está analizando el caso particular, específicamente en cuanto al cumplimiento del deber de información por parte de las administradoras, la suficiencia del formulario de afiliación para la acreditación del cumplimiento de ese deber y la carga de la prueba.

Frente a esto último, aduce el formulario de afiliación es una prueba “*ad substantiam actus*” conforme lo previsto en el artículo 256 del C.G.P. por lo que su interpretación, dice, no está al arbitrio judicial y, en todo caso, en el año 1999 no era su obligación dejar documentada la asesoría brindada y el deber de información no está concebido de la forma como está actualmente.

Arguye, la demandante ratificó su decisión de permanecer en el RAIS al no manifestar inconformidad alguna frente a su afiliación acerca de los requisitos para acceder a su derecho pensional, aceptando las condiciones de ese régimen, además de no haber ejercido el derecho de retracto, ni solicitó el retorno a prima media antes de incurrir en la prohibición legal¹ (Audiencia virtual realizada a través

¹ “Estando en la oportunidad procesal pertinente me permito de interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho el día de hoy ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá con razón en los siguientes argumentos:

Es importante que tengamos en cuenta como cierre de este proceso que si bien es cierto el problema jurídico en sí se circunscribe la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado con afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada por la señora Bárbara Bautista el día 01 de julio del año 1999 con la AFP DAVIVIR hoy Protección, es importante que nos militemos a pensar el problema jurídico el cual es determinar la existencia del error como vicio del consentimiento en este negocio jurídico y de allí derivar las competencias pretendidas y por qué es importante revisar esto, para eso creo que nos relevemos o estudiemos el caso particular especialmente el interrogatorio de parte surtido por la señora demandante BÁRBARA BAUTISTA OICATA, así como las declaraciones extra juicio, a pesar y muy a lo contrario que de lo que manifiesta el despacho en lo cual el manifiesta que no sirven ni contribuyen absolutamente nada al presente caso, en realidad si tienen relevancia y si son de importancia cada vez que esta prueba es específicamente indirecta para las administradoras de fondos de pensiones en cuanto se pretende demostrar a través de esas

declaraciones por la parte actora del proceso BÁRBARA BAUTISTA así como los testimonios allegados los cuales se ratificaron el día de hoy, si efectivamente las pretensiones de la demanda guardan relación con lo que ella pretende según la declaración que ella rinde el día en que se dio el interrogatorio de parte y por qué esto es importante la señora Bárbara Bautista manifestó en el interrogatorio de parte muy contrario a lo que manifestó en la declaración extra juicio allegadas como pruebas que no recordaba haber recibido ningún tipo de asesoría por la administradora de fondos de pensiones DAVIVIR en su momento en el año 1999 se le puso presente inclusive el documento de afiliación el formulario de afiliación y allí mismo reconoció el formulario el documento que estaba allí pero dice que no recuerda las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se dio esta afiliación

Así mismo también es importante que recordemos que la señora en declaración extra juicio rendida ante el notario 53 de Bogotá manifestó expresamente todo lo contrario a lo que ella manifestó en la declaración extra juicio que si había recibido una asesoría, que si recordaba ese formulario y que si recordaba precisamente que si había dado esta afiliación con DAVIVIR muy contrario a las declaraciones rendidas por la parte.

(interrupción)

Como lo estaba manifestando, la declaración extra juicio y la información rendida por la señora BARBARA BAUTISTA, es muy contraria a lo que ella manifiesta, a lo que se encuentra en esta prueba y también en los hechos de la demanda y adicional a eso cuando se le pregunta acerca de su vínculo con Porvenir la señora BÁRBARA BAUTISTA OICATA manifiesta nuevamente que no recuerda estar afiliada a Porvenir teniendo en cuenta que inclusive después de la declaración rendida acorde a las preguntas hechas por la apoderada de la parte demandada Protección el mismo despacho compulso copias a la misma justicia penal precisamente porque no guardaba relación la declaración extra juicio y tampoco las declaraciones o manifestaciones rendidas por la parte actora dentro del proceso. Ella nuevamente insiste que la afiliación con Porvenir en el año 2000, 24 de enero del año 2000 inclusive menciona que es un traslado de régimen confundiendo así e incluyendo la información de la declaración extra juicio las respuestas dadas con anterioridad nuevamente se contradice la información brindada al Despacho. Manifiesta que no recuerda, no leyó, ni miró, ni verificó el formulario de afiliación a pesar de que con el mismo formulario de afiliación que firmó la señora Bárbara con Porvenir se ve claramente que la primera parte o en el encabezado de este formulario de afiliación se da cuenta que no es un traslado de régimen sino que es un traslado horizontal entre administradoras de fondos de pensiones en este caso.

También es importante que recordemos y tengamos de presente las declaraciones extra juicio rendidas por los testigos Marleny y la señora Marta Yolima. Estos dos testimonios si bien es cierto no aportan mayor relevancia o mayor información acerca del caso particular si es importante que tengamos claro que ninguna de las dos testigos manifestaron que no estaban presentes cuando ella firmo el formulario de afiliación con DAVIVIR que es el cual se pretende el día de hoy la nulidad o la ineficacia de este traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad por lo que en realidad el testigo seria inservible tener en cuenta las manifestaciones, sin embargo Marta Yolima manifiesta algo importante acerca de la segunda afiliación con Porvenir manifiesta que las circunstancias de tiempo, modo y lugar serian diferentes a las contadas a la de la parte actora del proceso la demandante BÁRBARA BAUTISTA OICATA y eso si nos contribuye algo al proceso a pesar de que sean contradicciones lo manifestado por la parte actora del proceso es importante tener en cuenta esto presente por que como se pueden conceder las pretensiones de la parte actora si no tenemos claridad acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la cual se dio la afiliación de la señora.

Y en ese marco de ideas es importante que tengamos en cuenta que si efectivamente el fallador de instancia dice que no tendrá en cuenta las declaración extra juicio ni tampoco el interrogatorio de parte, también manifiesta que en ese momento está analizando la doctrina y la jurisprudencia pero no está analizando el caso en particular, efectivamente la doctrina también nos ha traído, la jurisprudencia no ha traído en cuanto el examen de la información de las administradoras de los fondos de pensiones nos ha traído un análisis interesante el cual tenemos que tener en claro los siguientes puntos: La obligación a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la suficiencia del formulario de afiliación como cumplimiento del deber de información y la carga de la prueba también en estos eventos, estamos hablando de la procedencia de la ineficacia de la afiliación cuando existe una expectativa de pensión o un derecho consolidado, sin embargo antes de que detenernos a analizar cada caso particular es importante que tengamos en cuenta que es importante que el fallador de instancia analice en cada caso particular para no caer en una especie de proteccionismo a los afiliados y simplemente conceder a las pretensiones de la demanda cuando inclusive no guardan relación con los hechos ni con las declaraciones extra juicio ni tampoco con la información brindada por la señora BARBARA BAUTISTA OICATA en el presente proceso.

Por qué es importante esto, respecto a la a carga probatoria de las administradoras de fondos de pensiones y adicional a eso la procedencia de esta ineficacia de esta afiliación cuando existe una expectativa de derecho de pensión o es un derecho consolidado igual no existe conformidad frente al análisis hecho por el despacho no hare mención al despacho cada vez que es análisis de competencia judicial sin embargo, respecto al

examen dado por la suficiencia del formulario de afiliación como cumplimiento a la obligación del deber de información es necesario dejar claro que la obligación de la diligencia emanada por el formulario de afiliación no es un capricho de mi representada, sino que se establece que dicho documento es un documento necesario y elemental en el marco de prueba de las afiliaciones de regímenes pensionales por lo que se estructuran como una prueba ad sustancian actus contemplada en el artículo 256 del código general del proceso por lo que la interpretación que se le dé a este elemento material probatorio no está sujeta al arbitrio judicial sino que es como imperativo de ley se debe solicitar al juez unos límites mientras se encuentre vigente la norma o mientras que no esté en disputa su tenor literal.

También es importante que recordemos la naturaleza de las pruebas o del interrogatorio de parte las cuales desestimó el fallador de instancia teniendo en caso que la doctrina inclusive nos habla de un hecho antiguo del cual nos permite dar cuenta de que el contenido a lo largo del tiempo en contraposición con la afirmación de una persona limitada por su impresión memorística en los hechos por los cuales en el paso del tiempo se van deteriorando al punto de perder o si quiera disimular con claridad de lo verdaderamente acontecido en los hechos, sin embargo aquí la señora BÁRBARA BAUTISTA OICATA no manifestó que hubiera olvidado esa información o que no la recordaba ella fue reiterativa en mencionar que esa asesoría nunca existió a pesar de que en el formulario, que en la declaración extra juicio allegada como prueba de este proceso ella manifestó todo lo contrario.

También en ese sentido es importante tener en cuenta que la afirmación dada por esta afiliada, por la señora BÁRBARA BAUTISTA respecto de la presunta omisión de mi representada para brindarle la información adecuada frente a su régimen pensional y que se pretende en audiencia preguntarle hoy respecto a esos conceptos que debería tener claro al momento de la época de los hechos sin detenerse a filtrar si efectivamente esas afirmaciones de hoy no se verían afectadas ya que por el simplemente por el paso del tiempo más de veinte años al momento de la afiliación inicial recordemos que fue en el año de 1999 en el mes de julio como por nuevas experiencias que puedan alterar la fidelidad de su declaración ella manifiesta que la asesoría que se le realizó inclusive no hubo asesoría cosa que contradice y que adicional a ello ella manifiesta en hechos que alteran totalmente la fidelidad de su declaración, no podemos olvidar todas las contradicciones en que se vio inmersa la señora BARBARA BAUTISTA OICATA en el testimonio e interrogatorio de partes rendido por la señora.

También es por eso que es importante que el despacho proceda a activar la figura de la carga dinámica de la prueba la cual no nos estamos negando toda vez al tener mi representada el fondo de pensiones una posición mejorada para darla, sin embargo se debe advertir que esta carga dinámica de la prueba no establece ninguna tarifa legal probatoria y que al momento de la ocurrencia de los hechos no permite exigir un documento escrito que refleje la asesoría adelantada sobre el caso particular, estamos hablando del año 1999 a la señora BARBARA BAUTISTA OICATA justamente se le dio asesoría en el año 1999 en las circunstancias establecidas por la superintendencia bancaria para la época de los hechos, así como la obligación que tenían las AFPs al momento de los hechos año 1999 por lo cual no debemos olvidar la época de la ocurrencia de los hechos. Y esto también es importante porque precisamente la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ha evolucionado este deber de información por parte de las AFP frente a la obligación del deber de información que deben cumplir las AFP y no con ello estamos diciendo que no se cumplió sino que nos damos cuenta de las declaraciones de la señora Bárbara Bautista hay muchas contradicciones que permiten inferir o dar por cierto las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que ocurrió esta afiliación inclusive que no se acuerda de esta afiliación si no que lo niega de facto haber asistido a esa asesoría a pesar hay un documento en el cual se contradice e informa lo contrario por lo cual se debe tener en cuenta esas declaraciones extra judiciales y esas manifestaciones hechas y contrario a lo establecido al fallador de instancia si sirven y si contribuyen a este caso en particular por lo cual se debe revocar la sentencia proferida por el despacho el día de hoy y en consecuencia absolver a mi representada de todas las condenas impuestas.

Adicional a ello quisiera recordar al Honorable Tribunal Superior de Bogotá que los vicios del consentimiento se configuran en el tiempo modo y lugar de su materialización del negocio jurídico estamos hablando del momento en que la señora Bárbara Bautista firma el formulario de afiliación por lo que quería preguntarle inclusive a la señora Bárbara acerca de la información que recibió ella misma manifestó reiteradamente hay contradicciones de este hecho histórico de esta manifestación de esta afiliación por lo cual no podemos desestimar o simplemente dar razón a esas contradicciones y decir que lo manifestado por ella en la demanda es la información veraz y que efectivamente no se le dio la información cuando ella aquí en el interrogatorio de parte surtido en el presente no indicó lo que ella misma manifestó en la demanda y en la declaración extra juicio por lo que deben desestimarse esas pretensiones, esa señora no activo a pesar de la entrega de la copia del formulario de afiliación lo cual activa el principio de auto cuidado de todos los afiliados en el cual es deber de este particular, de estos afiliados el conocer y activar los mecanismos adecuados so pena de que con una acción se validen los negocios celebrados como lo es en el presente caso.

de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:24:55, acta de audiencia folios 302 y 303).

A su turno, el apoderado de COLPENSIONES pide la revocatoria íntegra de la sentencia. En ese orden, alude en primer lugar a la contradicción en la versión de la demandante con lo plasmado en la demanda y la declaración extrajuicio que rindió, así como de los testigos recibidos en audiencia, los cuales dice, ante estas circunstancias no debieron ser excluidos sino valorados en conjunto para determinar que no existe claridad de la demandante recibió o no una asesoría, máxime si no se le da suficiente valor al formulario de afiliación para llevar al juzgado al convencimiento de las circunstancias en que se produjo el traslado de régimen.

Destaca, pese a lo anotado, se da aplicación analógica a los criterios vertidos por la Corte Suprema sin analizar las particularidades del caso.

De otro lado, menciona, se dejó de lado el expediente administrativo incorporado como prueba en el que constaba la petición efectuada por la demandante el 6 de julio de 2015 solicitando la ineficacia del traslado que fue resuelta por esa entidad el 11 siguiente, siendo incoada la demanda pasados 3 años desde que la actora tuvo conocimiento de las irregularidades en su afiliación y el daño ocasionado. En ese sentido, estima, no debió aplicarse de forma plana lo dicho por la Corte

Si bien es cierto la demandante a través de estos veinte años se hay reiterado o se haya ratificado su decisión si es cierto que al permanecer la señora BARBARA BAUTISTA OICA y no prestar ninguna inconformidad ante Porvenir ni en el tiempo que permaneció con DAVIVIR hoy Protección acerca de los requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, se debe tener por cierto que la señora acepto las condiciones de este régimen de ahorro individual con solidaridad y es su deseo permanecer allí como bien lo manifestó en el transcurso todos estos años.

Tampoco es posible que sometamos a mí representada a la exigencia del cumplimiento de capacitación de los afiliados que debían tener en el momento de afiliación o que hubieran podido surtir en el transcurso de los veinte años que estuvo afiliada la señora BARBARA BAUTISTA pues inclusive el ordenamiento jurídico dotó a este sistema de mecanismos adecuados para la validación de los derechos y la respectiva nulidad del vínculo si bien fueran estimados por la parte actora del proceso, pero dichos mecanismos nunca fueron activados por la señora BÁRABARA, inclusive, el derecho de retracto que tienen todos los afiliados en el RAIS nunca fue activado tampoco por la hoy parte activa del proceso, inclusive cuando se vio inmersa en la obligación o en la prohibición de realizar un traslado entre regímenes es que ella decide solicitar esta nulidad del traslado cuando en las oportunidades que se le brindaron la demandante nunca utilizo estas disposiciones que le brindaba la ley por si no estaba satisfecha con el mismo.

En estos términos dejo esbozado el recurso de apelación y reitero la solicitud al despacho de que estudie el caso particular, que se estudien los interrogatorios de parte, el interrogatorio de parte por la hoy parte actora del proceso, así como las declaraciones extra juicio y las manifestaciones que se dieron por cada una de las partes, para que analizado el caso particular se desestime o se revoque el fallo de primera instancia y en consecuencia se absuelva a mí representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Muchas gracias."

Suprema de Justicia en la sentencia SL1689 de 2019, sino que debió analizarse esta particular situación. En este punto, pide a esta Corporación se abstenga de aplicar de manera automática la jurisprudencia porque aquí, asevera, hay una característica especial.

Critica la enunciación por parte del Despacho de sentencias de tutela pues sus efectos son inter partes y no erga omnes, que impliquen *per sé*, que todas las nulidades deban ser concedidas² (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:42:58, acta de audiencia folios 302 y 303).

² *“Su señoría muchas gracias, encontrándome en la parte procesal pertinente me permito presentar recurso de alzada para efectos de que la providencia esbozada por su honorable despacho sea estudiada y revocada en su integridad por el cuerpo colegiado del Tribunal superior de distrito judicial sala laboral en Bogotá.*

Teniendo en consideración justamente el criterio que este mismo despacho en primera instancia aplica esto es de conformidad al decreto 806 del año 2020 simplemente me permitiré a hacer una enunciación de los cinco puntos o ejes temáticos sobre los cuales se fundamenta este recurso una vez el tribunal conozca de la misma y me conceda la oportunidad procesal para efectos de presentar las alegaciones en el escrito, me permitiré realizarlo de forma más amplia.

Se han dicho que van a ser cinco temas, el primer tema que se tiene que hacer alusión por parte de este apoderado es el criterio que tuvo el juez en primera instancia y ello a lo que refiere al acápite probatorio toda vez que si bien es cierto el despacho encontró en primera medida y como puede observar el tribunal que la misma demandante es contradictoria entre los hechos sobre los cuales se impetro en el escrito de la demanda, segundo con lo que había manifestado en la declaración extra juicio que rindió y tercero con el interrogatorio de parte que se libró en la audiencia, se pudo incluso constatar que existe unas falencias abruptas en dichos criterios por cuanto o incluso llevando a la conclusión de que el mismo fallador en primera instancia en su oportunidad procesal libro compulsas de copias a la misma por las falsedades testimoniales o las presuntas falsedades testimoniales que estuvo rindiendo para efecto de tal fin.

Así mismo dentro de las interrogatorios surtidos en la diligencia el día de hoy 04 de agosto se pudo observar que los testimonios son contradictorios y el mismo despacho en primera instancia hace manifestación a ello, no obstante bajo estas circunstancias el despacho decidió simplemente excluir el material probatorio si bien es cierto y es una decisión bastante acertada las cuales este apoderado también tiene coincidencia con ello, no obstante no se pudo simplemente excluir la prueba en toda su complejidad sino que por el contrario esto a lo que nos lleva a incluir es un indicio y es un indicio sobre las características propias de lo que justamente se cimentó en la ineficacia del traslado, no podemos simplemente hacer una aplicación de vamos a excluir este material probatorio y vamos a tener el resto de las diferentes criterios de los cuales el despacho siempre hace uso en el momento en que se trata de proferir estas clases de providencia, esta característica es importante por cuanto si bien es cierto nos lleva a un indicio que ni siquiera se sabe si recibió una asesoría o si no recibió ninguna asesoría, si estuvo presente, si no estuvo presente, si estuvieron los asesores sino estuvieron los asesores o como la misma demandante dijo en su escrito de la demanda que nunca se trasladó, el despacho al excluir este material probatorio nos lleva a una carga impositiva a una carga negativa en contra de las administradoras pensionales, por cuanto el mismo despacho hizo manifestación al momento de la revisión documental dice existe un formulario de afiliación, este formulario de afiliación no cuenta con la suficiente comunicación o con la suficiente información por parte del asesor de la AFP que lleve justamente al convencimiento por parte del despacho para efectos de conocer justamente cuáles fueron las circunstancias por las cuales versaron los hechos que hoy día fundamentan esta litis, pero es que ni siquiera la misma demandante fue clara en decirnos si es hubo asesoría o no hubo asesoría, los testimonios ni siquiera fueron concordantes al decir si la demandante estuvo o no estuvo en las asesorías, si hubo asesoría o no hubo asesoría por parte de los diferentes asesores de la AFP, entonces si tenemos que revisar todos los elementos en su conjunto no podemos entonces decir que el formulario simplemente es un documento y que porque la demandante entre sus diferentes versiones tres versiones estamos hablando en este caso al no tener convencimiento entonces vamos a aplicar que el documento no cumplía con ningún requisito, el formulario existe pero entonces también teníamos que ver acreditado por el demandante efectivamente ¿Qué paso? No hubo convencimiento alguno no hubo información, si hubo información, hubo información

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

deficiente ¿Qué paso? Nunca se supo, no obstante acá y como se ha dicho siempre tratamos llevarlo todo a la forma analógica criterios que también usa el tribunal, la Corte Suprema, incluso los jueces en primera instancias, los mismos apoderados hemos de ser sinceros tratamos todo esto de forma muy análoga o plana pero todo caso es muy particular y de los cuales este llama la atención ya que no se tomó las particularidades del caso que nos lleva al caso.

Vamos los dos puntos primeros.

Tercer punto el despacho hace mención al final de sus consideraciones el término prescriptivo para efectos de la toma de las decisiones, no obstante y dentro de las sentencias de la cual la última que hizo mención el radicado SL 1689 del 2019 de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, si bien es cierto la Corporación nos hace manifestaciones sobre de que no existe prescriptibilidad sobre los términos o sobre el derecho a la seguridad social para efectos de una prestación de pensión, lo cierto es que acá el despacho dejó de lado una prueba documental que se arrimó, se decretó y se practicó esto es el expediente administrativo de la demandante y este expediente llama mucho la atención por cuanto se pudo haber observado la demandante el 06 de julio del año 2015 presento petición ante Colpensiones solicitando la ineficacia del traslado en su caso en los términos que ella no interpuso fue sobre nulidad pero ya como el despacho en primera instancia hizo alusión estamos hablando sobre la ineficacia. Sobre esa petición hubo una respuesta el 11 de julio del año 2015, si bien es cierto tenemos características sobre la prescriptibilidad de la seguridad social o la pensión como dice la magistrada Clara Cecilia, lo cierto es que no podemos simplemente lo mismo aplicar de forma análoga, si tenemos una demandante que desde el año 2015 sabía solicitaba una ineficacia porque según ella no existían convencimientos no estaban todos los elementos suficientes para darle validez al negocio jurídico porque se esperó hasta el julio del año 2018 para efectos de colocar la demanda es decir se pasó 3 años y un mes para efectos de colocar la demanda cuando ya la demandante conocía sobre las características sobre el daño que se le había ocasionado, entonces aquí no podemos aplicar tampoco una característica análoga sobre la jurisprudencia que dice que estos términos no adolecen o no tienen esta figura de la prescripción, cuando aquí sabemos si sabemos dentro del término y dentro de estas últimas sentencias a que hace mención este apoderado y las cuales ustedes obviamente tendrán conocimiento el Tribunal, estas sentencias nos hacen alusiones en el momento en que se firma un formulario y la persona nunca presenta porque nunca tuvo conocimiento pero es que acá tenemos un hecho desde el 2015 si tenía un conocimiento con un vicio o sobre la inexistencia del negocio por que se esperó tres años y un mes para colocarla, surge mucho la duda y es un criterio por los cuales se solicita se verifique este criterio de prescripción y así mismo les invito, es una invitación comedidamente y con todo respeto al Tribunal para efectos de pronunciarnos sobre este tema y no de forma tan análoga simplemente existe prescripción o no existe porque la corte suprema dijo, Acá hay una característica muy especial, en sí tenemos 3 características esenciales o particulares.

Como cuarto punto se va a tomar una posición que este apoderado siempre ha hecho manifiesto y es el hecho de que existe una clara contradicción entre la corte suprema de justicia y la corte constitucional. La Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 y las cuales el despacho de primera instancia hizo mención como la sentencia hito y ha hecho todas las especificaciones de la misma jurisprudencia, la misma va en contravía de las sentencias de la Corte Constitucional por cuanto la Corte Constitucional nos ha colocado unas características o dos características esenciales para efectos de realizar el traslado entre las AFP en cualquier tiempo, y esto a pesar de que sean contradictorios ya fue dilucidado por la misma Corte constitucional en sentencia C-634 del año 2011 se debe preferir la corte constitucional en esos términos.

Por último, y el término que siempre ha sido un tema de conflicto por parte de este apoderado, es sobre la enunciación de las sentencias de tutela y el mismo despacho hizo mención y en las mismas sentencia de las cuales se hacen mención las mismas están única y exclusivamente enfocadas a la revocatoria de unas providencias del Tribunal que estuvieron en contravía o que no declararon la ineficacia pero justamente fue eso unas sentencias del tribunal no todas las sentencias no es una sentencia de unificación, yo que sepa no ha salido ninguna sentencia de unificación para efectos de justamente revocar y que siempre se tenga que conceder la ineficacia, entonces bajo ese criterio y teniendo en cuenta que las sentencias de tutela son inter partes no erga omnes, no deben ser siquiera enunciadas para efectos de darle una fuerza a los criterios de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal.

Cinco puntos, son cinco criterios que se van a esbozar y se van a explicar de forma más amplia cuando se me dé la oportunidad en el escrito de los alegatos.

Bajo esos términos dejo presentado mi recurso de alzada, muchísimas gracias su señoría.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante **BÁRBARA BAUTISTA OICATA** en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 8 a 9) las cuales encuentran fundamento en los hechos y omisiones expuestos en el acápite respectivo (folios 4 a 8), aspirando se declare la nulidad de su afiliación efectuada en julio de 1999 y enero de 2000 al fondo de pensiones DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN) y PORVENIR, respectivamente, por existir engaño y asalto en su buena fe para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenecen dichas administradoras. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibirla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiera trasladado, y a PROTECCIÓN y PORVENIR a reconocer y pagar los intereses generados por la demorada e injustificada negativa de autorizar su traslado del RAIS al RPM sobre la devolución de los aportes, debidamente actualizadas conforme la certificación expedida por el DANE. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN S.A.), así como el traslado horizontal realizado a PORVENIR, ordenando a esta última como actual administradora a la que se encuentra afiliada la demandante, trasladar a COLPENSIONES los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, bonos pensionales, rendimientos e intereses causados, tras considerar que, la demandada PROTECCIÓN (antes DAVIVIR) no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado, en los términos que han quedado analizados por la Corte Suprema de Justicia.

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.

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 22 de noviembre de 1963 (folio 163), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado, inicialmente, mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 11 de junio de 2015⁴ (CD folio 173, expediente administrativo), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 51 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 1994⁵-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 268,99 semanas de cotización (reporte de semanas expedido por Colpensiones, allegado con la contestación de la demanda -CD folio 173-) equivalentes a 5,23 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.

Ahora, 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 1 de julio de 1999 (folios 243 y 244) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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”.

⁴ Solicitud que le fue rechazada en comunicación del 11 de junio de 2015 por encontrarse a menos de 10 años para cumplir el requisito de tiempo para pensionarse (Cd folio 173, expediente administrativo allegado por Colpensiones)

⁵ Era trabajadora del sector privado.

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 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 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 DAVIVIR PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy PROTECCIÓN 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 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.

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.

(…)

“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.

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 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 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.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto se limitó a indicar que ni siquiera recuerda como ocurrió la afiliación a DAVIVIR, suponiendo que ello ocurrió cuando le entregaron un paquete de documentos para suscribir cuando se dio su vinculación con su empleadora, pero que, en manera alguna, fue abordada por un asesor que le explicara las condiciones de uno u otro régimen o las implicaciones que traería

⁷ Audiencias virtuales celebradas el 6 y 13 de julio de 2020 de los corrientes, récord 22:45 y 5:59, respectivamente.

consigo la suscripción de ese formulario, manifestaciones que como bien lo advirtieron los apoderados recurrentes, resultan contradictorias con lo manifestado ante la Notaría 53 del Circulo de Bogotá en la declaración extrajuicio rendida el 22 de mayo de 2018 (folio 52) en la que, bajo la gravedad del juramento asentó:

“(...) declaro que coticé al Instituto de los Seguros Sociales desde el año 1988 hasta el año 1999, al momento de firmar contrato en el Clinicentro Ciudad Salitre de Sanitas nos indicaron que el seguro social se acababa y que los directivos nos manifestaron que debíamos afiliarnos al fondo de pensiones AFP DAVIVIR hoy protección para que todos quedáramos en un solo fondo, llegaron a la empresa unos asesores de dicho fondo sin exponer razonadamente las consecuencias desventajosas que el cambio de régimen significaba a futuro, solo se limitaron de manera improvisada y contra reloj a ofrecer promesas y maravillas acerca de los beneficios que se generaría de trasladarse al fondo privado al que representaban. El asesor en mención nos convenció señalando que nos íbamos a pensionar antes de lo previsto con el ISS y que según el capital que tenía ahorrado iba a recibir una mesada pensional menor que la ofrecida por el ISS, sin embargo jamás me comentó que si decidía trasladarme al régimen de ahorro individual con solidaridad perdería el régimen de prima media que era mucho más favorable económicamente, sino que aprovechando la precariedad del tiempo que se nos dio para decidir sobre el cambio de régimen con argucias y argumentos falaces en cuanto a proyección de cifras terminaron por hacer firmar el formulario. Los mismos julio del año 1999 (sic) con DAVIVIR hoy PROTECCIÓN y 24 de enero del 2000 con PORVENIR al como aparece en el formato respectivo de afiliación (...)”

En todo caso, a más de las discordancias entre sus versiones que no permiten dar credibilidad a su dicho, lo cierto es que no se obtuvo confesión alguna de la que se pudiera inferir que recibió la información completa por parte de la administradora de pensiones demandada PROTECCIÓN (antes DAVIVIR) al momento de firmar su traslado de régimen pensional, aun cuando en los términos de la jurisprudencia ampliamente transcrita, era carga de esa AFP probar que cumplió a cabalidad con tal deber que le impone la ley.

Es importante anotar, el deber de información tampoco deviene acreditado con lo manifestado ante estrados por las testigos MARTHA YOLIMA CASTRO⁸ y MARLENY CARVAJAL⁹, pues en realidad, y pese a lo asentado en las declaraciones extrajuicio rendidas el 22 de mayo de 2018 ante la notaría 53 del Circulo de Bogotá (folios 53 a 54), lo cierto es que no les consta directamente la asesoría recibida por la demandante en tanto no estuvieron presentes al momento

⁸ Audiencias del 13 de julio y 4 de agosto de 2020, récord 23:33 y 21:55, respectivamente.

⁹ Audiencias del 13 de julio y 4 de agosto de 2020, récord 36:06 y 04:12, respectivamente.

de la suscripción del formulario de afiliación a DAVIVIR y lo que saben es por comentarios hechos por la misma demandante y las reuniones realizadas por los asesores de esa administradora en las que no se tiene certeza si hubo participación de la actora.

Con todo, tales deficiencias en los aludidos medios de prueba, y los cuestionamientos sin resolver entorno a la afiliación de la convocante del litigio, esto es, si tuvo oportunidad o no de hablar con un asesor del fondo de pensiones DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN) al que se afilió, solo conllevan a acentuar la conclusión de que no se satisfizo el deber de información en la forma como se analizó de manera precedente por parte de la AFP, quien adicionalmente, no desplegó actividad probatoria para derruir las aseveraciones de quien convoca la acción y demostrar el cumplimiento de su deber como AFP del RAIS.

De otra parte, 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 DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN) (folio 244), 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, contrario a lo asentado en la alzada por la apoderada de PORVENIR 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.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 248 a 250, 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 PROTECCIÓN S.A. (antes DAVIVIR), omitió en el momento del traslado de régimen (1 de julio de 1999, folio 243), 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 a la demandante 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.

Tampoco incide el hecho que la demandante hubiese efectuado un traslado entre AFP (folio 288) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa a folios 288, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (folio 300), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se prohiará 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.

En lo que atañe a la excepción de prescripción¹⁰ (folio 171), 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. Es de anotar en este punto, dado que en el asunto no procede el fenómeno prescriptivo, por lo ya dicho, resulta irrelevante cuanto tiempo transcurrió entre la fecha en que solicitó su traslado al RPM y la fecha en que se interpuso la demanda.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

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,

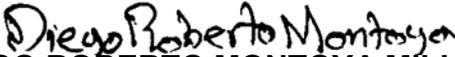
¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 30 de junio de 2020.

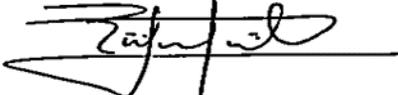
RESUELVE

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

SEGUNDO: 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**

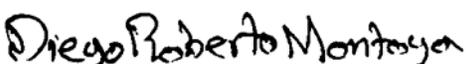
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BILSAN PARRA PARRA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 03 2019 00557 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada MICHAEL CORTAZAR CAMELO, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos el poder de sustitución otorgado por la doctora DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS, en su calidad de representante legal de la sociedad NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S, apoderada principal, el cual se incorporó a las diligencias por medio electrónico el 3 de noviembre de 2020.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, mediante correos electrónicos del 30 octubre y 3 de noviembre, respectivamente, 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 los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de octubre de 2020 (Cd folio 118, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:14:04, acta de audiencia folios 119 a 121), en la que se resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del demandante BILSAN PARRA PARRA del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., realizado el 5 de diciembre de 2005, para entender válidamente vinculado al actor al régimen solidario de prima media administrado hoy en día por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de esa afiliación del demandante BILSAN PARRA PARARA por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el caso de que hubiese realizado alguna, bonos pensionales en caso de encontrarse redimido, sin descuento alguno, más los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, todo conforme la parte considerativa.

ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES que reciba ese dinero proveniente de la demandada PORVENIR S.A., para que proceda a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definido como si nunca se hubiese trasladado de dicho régimen. De igual manera actualice la historia laboral en semanas cotizadas.

ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

ARTÍCULO QUINTO: CONDENAR EN COSTAS junto con agencias en derecho a la AFP PORVENIR las cuales tasan en la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL (\$1.500.000) PESOS MCTE.

ARTÍCULO SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la parte demandada COLPENSIONES, **CONSÚLTESE** con el superior en los términos del artículo 69 del C.P.T y la S.S.”

Inconforme con la decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, PORVENIR, refiere no le era posible al juzgador de primer grado adoptar la línea jurisprudencial vertida sobre la materia por la Corte Suprema de Justicia, por cuanto su aplicación no es automática sino que debe atender a expectativas del afiliado, como lo es ser beneficiario del régimen de transición, advirtiendo, los supuestos fácticos del proceso no son los mismos a los que se refiere la jurisprudencia y no puede concluirse, ni se probó, que se haya generado perjuicio alguno al actor con el traslado de régimen pues no contaba con expectativa alguna y en esa medida, asegura, estaba en libertad de trasladarse.

Con relación a la falta de incorporación del formulario de afiliación, señala, aunque el mismo reposara en las diligencias, lo cierto es que ello no habría incidido en la decisión pues se ha sostenido que tal documento es insuficiente para acreditar el deber de información. No obstante, resalta, en el interrogatorio de parte el demandante aceptó haber suscrito el formulario de afiliación, de allí que, en su sentir es claro, existió una manifestación de voluntad, una intención de vincularse al RAIS, aceptando las implicaciones de dicho acto, y reconociendo, dice, haber recibido una asesoría frente a las características propias del régimen de ahorro individual.

Sostiene, la inversión de la carga de la prueba no es automática, mencionando, el interrogatorio de parte de la demandada PORVENIR no resulta conducente ni útil por cuanto no estuvo presente al momento del traslado, lo cual, a su juicio, no puede ser analizado como un factor en su contra.

Aduce, existía conocimiento del demandante sobre la necesidad de acumular un capital y de la naturaleza propia del RAÍS¹ (Cd folio 118, récord 1:16:50, acta folio 119 a 121).

¹ “Su señoría de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el Despacho, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

La declaración de ineficacia del traslado de régimen efectuada por el demandante para el año 2005 con mi representada y lo que conlleva a lo mismo que es la devolución de los aportes y rendimientos y lo considerado en la parte resolutive, propiamente respecto de la motivación realizada por el fallador de primera instancia, claramente se ve que, en alguna medida, se adopta la línea jurisprudencial en sede de casación de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, al caso en concreto propiamente no es loable hacer una aplicación automática de esa línea jurisprudencial, como se realizó, teniendo en cuenta que los supuestos fácticos no son los mismos respecto al caso que nos ocupa, en el entendido que las jurisprudencias tenidas como referencia al momento de adoptar el fallo, son personas que siguen siendo beneficiarias, así sea por edad, del régimen de transición. En ese sentido, se realizó por parte de la Corte un análisis respecto a la afectación que existió al realizar ese traslado de régimen por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual, generando una afectación perceptible respecto de su situación pensional. Teniendo en cuenta que eso no encaja respecto al caso del demandante, no puede concluirse ni quedó probado por parte

A su turno, COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia y en su lugar se le absuelva de las órdenes impartidas en su contra. En ese sentido, se aparta de las consideraciones hechas por el juez de primer grado por cuanto, asevera, se

del mismo, que se le generó un perjuicio al momento de traslado de régimen porque no tenía o no ostentaban ninguna de estas calidades propias frente a alguna expectativa por ser beneficiario propio del régimen de transición. En ese sentido, estaba en la libertad de realizar ese traslado de régimen conforme las facultades que la misma Ley 100 de 1993 le otorgó a los ciudadanos o a los afiliados que hacían parte del régimen de prima media.

Propiamente existió una libertad y frente al reproche que se realiza por el fallador de primera instancia frente a la incorporación del formulario de afiliación, véase que si bien es cierto que no se aportó el mismo al procesos, pero a lo que voy es propiamente a que sí se hubiese aportado, ninguna incidencia hubiese traído a cambiar la decisión del fallador de primera instancia, él mismo menciona que cuando argumenta, con la línea jurisprudencial que incorporar o la incorporación como medio probatorio del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar ese deber de información. En ese sentido en este proceso, o en este caso en particular, la decisión o incidencia, aportando un formulario de afiliación en el proceso, no hubiera conllevado propiamente a cambiar la decisión del fallador de primera instancia, pero véase que dentro del interrogatorio de parte quedó probado que el demandante sí suscribió un formulario de afiliación y es precisamente lo que prueba en el interrogatorio que existió una manifestación de voluntad, contrario a lo que se mencionó por el fallador de primera instancia frente a no aportar el formulario de afiliación, que no existía una manifestación de voluntad, propiamente dentro del interrogatorio si quedó probado que había una manifestación de voluntad, es decir, una intención de vincularse al régimen de ahorro individual y de trasladarse de régimen más que todo, aceptar esas implicaciones del régimen de ahorro individual, de haber recibido una asesoría frente a características propias del régimen de ahorro individual, son situaciones que quedaron probadas en el proceso y que frente a esa etapa, ese deber de información, mi representada no fracturó en ningún sentido, ningún derecho prestacional o pensional en el momento en que se efectuó el traslado propiamente como ya lo indiqué, porque no contaba con ninguna expectativa el demandante, su situación pensional se iba a ir consolidando frente al lapso del tiempo como ocurrió dentro de su permanencia en el RAIS.

Ahora, lo que aporta el demandante como medio probatorio, se realiza un traslado automático de la carga de la prueba a las demandadas, pero bien es claro como se ha adoptado por diferentes salas del Tribunal superior de Bogotá, ese traslado de la carga de la prueba no es automático y evidentemente la situación fáctica no conlleva a determinarse que deba ser mi representada que asuma toda esa carga probatoria al referente, frente al caso en particular.

Ahora respecto a los medios probatorios que allega la parte demandante, la solicitud o la práctica de un interrogatorio al representante legal de PORVENIR que también es motivo de análisis por parte del fallador de primera instancia y que permite concluir que no estuvo presente propiamente al momento del traslado de régimen, lo que no prueba otra situación frente a ese traslado de régimen y es ahí donde evidentemente uno entra a cuestionar la pertinencia, conducencia y utilidad de esos medios probatorios. Pertinente es efectivamente porque está dentro del estamento legal, código general del proceso el interrogatorio del representante legal, pero conducente, ahí se fracturan medios probatorios como estos en este tipo de procesos que lleva evidentemente que un representante legal pueda aportar a los hechos que están en la demanda circunstancias de tiempo modo y lugar frente al traslado de régimen del demandante, efectivamente ninguno. En ese sentido no es útil y no es conducente, ese medio probatorio en este tipo de procesos, situación que no puede analizarse como un factor en contra de mi representada como se realizó.

Frente al conocimiento del demandante de que debía acumular un capital efectivamente no cuanto capital, porque evidentemente es variable ese capital con el lapso del tiempo y con los rendimientos de su cuenta de ahorro individual, pero dentro del interrogatorio el demandante si conocía que la naturaleza propia del régimen de ahorro individual era la acumulación de un capital, y en ese sentido entendía propiamente la misma naturaleza del mismo.

Por los anteriores argumentos y frente a esa afiliación tácita que debe entenderse bien como la ratificación de un acto jurídico, solicito se tenga en cuenta esos argumentos para que se conceda el recurso de apelación y para que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, revoque en su integridad la decisión emitida por el Despacho y se absuelva a mi representada de las condenas impuestas. Gracias su señoría.”

demonstró que la afiliación del demandante es válida por cuanto se suscribió el formulario de afiliación, tal como lo sostuvo el actor al absolver el interrogatorio.

Indica, además, del interrogatorio absuelto por el actor también se puede extraer que se le brindó un deber de información frente a las características del régimen al cual decidió afiliarse, incluso, dice, el demandante en su declaración omitió referirse a circunstancias que puso de presente en la demanda, particularmente en el hecho sexto, con lo cual, sostiene, se deja en entre dicho la falta de información y asesoría.

De otro lado, alude al principio de sostenibilidad financiera por cuanto el demandante ya adquirió la edad para adquirir una pensión en el régimen de prima media y por lo tanto es muy probable que se imponga a su cargo el reconocimiento de una pensión que conllevaría una descapitalización, particularmente si se tienen en cuenta que son los afiliados nuevos quienes financian esta prestación y que el demandante no fue incluido en los cálculos actuariales elaborados por la entidad, para lo cual pide se apliquen las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, por tener la misma finalidad.

Arguye, el actor no cumplió con sus obligaciones como consumidor financiero por lo que no puede premiársele ni permitírsele su retorno al régimen de prima media.

Por último, comenta, esa entidad no tiene por qué verse perjudicada con las consecuencias adversas de un negocio jurídico en el que no intervino, menos aún imponerle una carga pensional porque no están satisfechos con lo que reciben en el RAIS. (Cd folio 118, récord 1:25:04², acta folios 119 a 121).

² *“Muchas Gracias señor juez, siendo esta la oportunidad procesal correspondiente, de manera muy respetuosa como es usual esta apoderada presenta recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir y le solicito de esta misma manera a los honorables magistrados, absolver a mi representada de las ordenes impuestas en la presente sentencia, en razón a las siguientes consideraciones: Como bien sabe el despacho esta apoderada, reitero, de manera muy respetuosa, se aparta de las consideraciones esbozadas al momento de proferir la sentencia objeto del presente recurso por cuanto dentro del proceso se demostró que la afiliación del demandante es completamente válida al suscribir el formulario de afiliación, tal como él mismo lo manifestó en el interrogatorio de parte, circunstancia que da fe de su voluntad de afiliarse al RAIS y que fuera bajo estas características que se rigiera su situación pensional.*

Es importante señalar su señoría y reitero nuevamente tal como lo manifesté en mis alegatos de conclusión que el interrogatorio de parte se puede extraer que efectivamente se le brindó una información frente a las características al régimen al cual el demandante decidió afiliarse al suscribir el formulario de vinculación. Es importante señalar que inclusive al contrastar su dicho con los fundamentos fácticos de la demanda, obran alegaciones que no fueron manifestadas, no fueron puestas en conocimiento del demandante al momento del interrogatorio de parte, tal como se extrae del hecho 6 de la demanda, circunstancia que

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 del demandante BILSAN PARRA PARRA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 7 y 8) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en

dejaría en entre juicio la presunta falta de información cuando el mismo demandante omitió brindar o manifestar la totalidad de información que se le brindó en la asesoría, siendo pues para el caso, el contraste que se hace más específicamente con el hecho sexto de la demanda, circunstancia que pues reitero, genera que si se le brindó una información, la cual fue suficientemente clara y con base en ella el demandante decidió efectuar su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a pesar que dentro de las documentales no obre el formulario de afiliación esto no quiere decir que no se efectuó el traslado, el mismo demandante lo manifestó en el interrogatorio de parte, existe en las bases de datos tanto de la AFP PORVENIR como de COLPENSIONES ese traslado que efectuó el demandante en el año 2005, circunstancia que acredita justamente esa voluntad de vinculación en el RAIS.

Nuevamente su señoría, le pongo de presente a los honorables magistrados del Tribunal en estos casos Colpensiones presenta oposición de salvaguarda del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, recordemos que el demandante ya cumplió la edad para adquirir una pensión en el RPM por lo tanto es muy probable que se le imponga a mi representada el reconocimiento de una pensión a su favor, circunstancia que genera a esta descapitalización. Recordemos que son los afiliados nuevos quienes con sus cotizaciones financian a los que están ad portas de adquirir el estatus de pensionado, si el demandante ya está ad portas de adquirir ese estatus de pensionado entonces con qué cotizaciones se va a financiar si el mismo no fue tenido en cuenta en los cálculos actuariales que elabora COLPENSIONES con miras a conocer su mesada pensional? es aquí donde se presenta esta descapitalización y si bien las sentencias de la Corte Constitucional enunciadas en la contestación de la demanda, tratan fundamentos diferentes, no se debe desconocer que buscan una misma finalidad o que se busca con esas sentencias, la finalidad de proteger el sistema, el RPM lo que se refiere a su modalidad de financiación.

Este proceso, o la finalidad de estos procesos, es que mi representada reconozca mesadas pensionales, circunstancias que si bien no tiene los mismos fundamentos de esas sentencias que se citaron si va por el mismo camino que es buscar la protección de ese principio de sostenibilidad financiera del sistema, tal como lo manifesté en un proceso similar, quién iba a pensar que para los años 2004- 2010 se iba a presentar este boom en el cual los afiliados al RAIS presentaban demandas para retornar al régimen administrado por mi representada pero entonces esto no quiere decir que estas sentencias no puedan aplicarse al presente caso tal como se manifestó en la contestación de la demanda.

También es importante señalar su señoría que en estos casos se presentan también obligaciones en cabeza de los afiliados obligaciones que fueron completamente desconocidas por el demandante, por lo tanto no haría premiarse ni permitírsele su retorno al régimen de prima media cuando él no se interesó por su situación pensional tal como se puede concluir y extraer del interrogatorio de parte, circunstancias que generar desconocimiento de sus obligaciones como consumidor financiero y de las mismas obligaciones que surgen al suscribir este negocio jurídico que hoy se está demandando.

Finalmente le pongo de presente a los honorables magistrados del Tribunal, tal como lo manifestó el juez, el otrora Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, no tuvo injerencia alguna, circunstancia por la cual no tiene por qué verse perjudicada con las consecuencias de un negocio jurídico que no suscribió siendo para el caso tal como lo he manifestado a lo largo de mi recurso, imponerle una carga a mi representada COLPENSIONES a reconocer mesadas pensionales a esta clase de afiliados que retornan al régimen de prima media porque no están satisfechos con la mesada pensional que reciben en el RAIS.

De esta manera muy precisa y muy concisa su señoría, dejo presentado mi recurso de apelación, agradeciéndole la oportunidad brindada. Muchísimas Gracias”

el acápite respectivo (folios 6 y 7), aspirando se declare la nulidad de su afiliación a PORVENIR, realizada en diciembre de 2005, a través del cual se trasladó del ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad. En consecuencia, se declare como válida y vigente su afiliación a COLPENSIONES, ordenando a esta última recibirlo nuevamente y a PORVENIR, liberarlo de su base de datos, y devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR S.A., ordenando a esta última devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida junto con los rendimientos financieros, cotizaciones obligatorias y voluntarias, bonos pensionales, sin posibilidad efectuar descuento alguno, tras considerar que, de una parte, no se encontraba probada la manifestación de voluntad del actor de trasladarse de régimen, como quiera que no se incorporó el formulario de afiliación; además, 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.

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,

Así las cosas, en el expediente milita copia de la contraseña de rectificación de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 26 de enero de 1958 (folio 28), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, sin que se evidencie dentro del plenario solicitud alguna elevada ante COLPENSIONES y/o PORVENIR a efectos de realizar su traslado de régimen. De otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 690,85 semanas de cotización (reporte de semanas expedido por Colpensiones, allegado con la contestación de la demanda -folios 61 a 69-) equivalentes a 13,43 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.

Ahora, 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 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 **1 de noviembre de 2004** (folio 67) específicamente conforme la información consignada en la certificación expedida por COLPENSIONES. En este punto es importante anotar, aunque en el escrito introductor el demandante indicó que dicho traslado ocurrió en diciembre de 2005 (hecho 8, folio 6) el mismo no fue aceptado por la demandada PORVENIR, quien a lo largo de su contestación (folios 89 a 110) ninguna referencia hizo respecto de la fecha en la que ocurrió el traslado, no apreciándose dentro de las diligencias el formulario de afiliación suscrito. Frente a esto último, se **precisa** que en autos el acto de afiliación no fue objeto de debate pues la misma demandada PORVENIR desde la contestación de la demanda aceptó que el hecho mismo del traslado, 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

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 Era trabajador del sector privado.

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 conforme los argumentos expuestos en la alzada.

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 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 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 del actor al fondo accionado PORVENIR 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 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, 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 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 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 informó 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 demandante⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de

⁶ Cd folio 118, récord 13:39.

afiliación, en tanto se refirió a que su afiliación fue en el año 2005, fecha posterior a la que se advierte de la certificación expedida por COLPENSIONES (folio 67) y, en todo caso, se limitó a indicar que la asesora solo le mencionó que su pensión sería más alta y que el ISS se acabaría.

Tampoco deviene probado con lo aludido por el Representante Legal de PORVENIR⁷ por cuanto señaló no haber sido testigo presencial de la afiliación del actor a ese fondo y que la información que tiene es que sus asesores están debidamente capacitados.

Respecto al comunicado de prensa visto a folios 111 y 112, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple 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 PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (1 de noviembre de 2004, folio 67), 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 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 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 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.

⁷ Cd folio 118, récord 10:46.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor, del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos 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 el 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 del demandante.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (folio 57), 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 y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión de primer grado en su numeral primero únicamente en cuanto a la fecha en que ocurrió el traslado de régimen pensional.

SIN COSTAS en esta instancia.

⁸ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 18 de septiembre de 2020 (récord 113).

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que el traslado cuya ineficacia se declara ocurrió el 1 de noviembre de 2004.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

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 PROMOVIDO POR ADRIANA ESPERANZA ESPITIA
LÓPEZ CONTRA LA CLÍNICA DE LA MUJER S.A. (RAD. 04 2019 00547 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las partes (folios 204 a 208 y 209 a 216), 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

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 22 de julio de 2020 (folios CD folio 192, récord 2:00:53, acta folios 193 y 194) en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** que entre la demandante ADRIANA ESPERANZA ESPITIA LÓPEZ y la CLÍNICA DE LA MUJER S.A., existió una relación laboral desde el 15 de octubre de 1994 al 13 de julio de 2018.*

***SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.*

***TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.*

***CUARTO:** En caso de no ser apelada esta decisión, envíese al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante.”*

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 de la demandante ADRIANA ESPERANZA ESPITIA LÓPEZ las pretensiones relacionadas a folios 41 y 43, sustentadas en los supuestos fácticos narrados a folios 37 a 41, las cuales están encaminadas a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 15 de octubre de 1994 y el 13 de julio de 2018 el cual terminó por decisión unilateral de la empleadora en contravía de lo acordado en el contrato de trabajo y el debido proceso y que no pondera los años de servicio “*intachable*” de la trabajadora. Pide así mismo se declare que denunció el acoso laboral sufrido tal como lo establece el reglamento interno de trabajo, y que se encuentra en un estado de prepensionada y por ende es beneficiaria de estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, y de manera principal, se ordene su reintegro a la clínica junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social en pensión, salud, riesgos laborales y demás valores que se dejaron de percibir desde su ilegal despido y hasta su reintegro definitivo, tomando como base un salario de \$3.200.389, debidamente actualizado anualmente; al igual que los daños morales ocasionados con el despido. En subsidio solicita se ordene el pago de la sanción por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del C.S.T. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por la parte actora, luego de considerar, si bien existió contrato de trabajo, i) la demandante no cumplía con las condiciones establecidas por la jurisprudencia para ostentar la calidad de prepensionada, por cuanto ya cuenta con el número mínimo de semanas requeridas para acceder al derecho pensional en el régimen de prima media al cual se encuentra afiliada; ii) la actora no cumplió con la carga probatoria de acreditar la conducta de acoso laboral alegada; iii) la demandada no estaba compelida a agotar un trámite previo al despido, por no encontrarse el mismo regulado en el contrato de trabajo o el reglamento interno; además, se encontró acreditada la justa causa invocada para poner fin a la relación laboral la cual fue calificada por el juzgado como grave.**

No es objeto de controversia en esta instancia que entre las partes existió un contrato de trabajo en el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 1994 y el 13 de julio de 2018, el cual terminó por decisión unilateral de la demandada,

aspectos que además de no haber sido objeto de debate por la aceptación de la misma por la pasiva desde la contestación de la demanda (respuesta pretensiones 1 y 3, folio 91), se constatan con las documentales de folio 10 y 19 a 21.

En ese orden, el problema jurídico que debe desatar la Sala, se circunscribe a determinar si es procedente declarar la ineficacia del despido de la demandante acaecido el 12 de julio de 2018 con fundamento en el desconocimiento de un fuero por “*pre-pensionada*”, la presunta violación del debido proceso, o la contravención de normas de acoso laboral y, en consecuencia, si procede el reintegro a su puesto de trabajo, rogado de manera principal. En subsidio, establecer si la justa causa alegada por el empleador en efecto existió y en ese orden, verificar la procedencia de la indemnización por despido sin justa causa.

Para resolver es importante anotar, persigue la actora, principalmente, se disponga el reintegro a su puesto de trabajo, aduciendo para el efecto tres razones que conllevarían a dejar sin efecto el despido de la que fue sujeto, a saber: i) se desconoció su calidad de “*pre-pensionada*” y por ende la estabilidad laboral reforzada que confiere dicha situación; ii) se desatendió la denuncia por acoso laboral presentada ante su empleador y iii) se vulneró lo acordado en el contrato de trabajo y el debido proceso.

En ese orden, para dilucidar el asunto, se hace necesario precisar que, entendido un acto jurídico como toda manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, es posible reflexionar que el despido, al ser una declaración de voluntad expresada unilateralmente por el empleador de dar por terminada la relación laboral que lo vincula con el trabajador, puede tenerse como tal, de lo que se sigue, es susceptible de ser anulado.

Sin embargo, en el ámbito del derecho laboral, se han establecido las circunstancias en las que se puede predicar la ineficacia del despido, que generalmente se configura por no cumplir ciertas exigencias legales al momento de efectuarlo, como sería el caso de desconocer el fuero sindical o circunstancial, la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia, o de personas en estado de discapacidad, el fuero de acoso laboral, entre otros, en cuyo caso habría lugar a dejar sin efectos la terminación

del contrato de trabajo, con el consecuente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, como si el vínculo nunca se hubiere extinguido.

Pues bien, descendiendo al caso de autos y en lo que respecta particularmente a la estabilidad laboral reforzada pretendida por la demandante, derivada de una presunta calidad de prepensionada por cumplir con las semanas presupuestadas para acceder a la pensión de vejez y no la edad, debe recordarse, dicha protección ha sido prevista por la Corte Constitucional, entre otras, en sentencias T-357 y T-638 de 2016, precisando ese Alto Tribunal en sentencia SU 003 de 2018, en el caso de los trabajadores del sector privado, que *“cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable”* pues dicho presupuesto puede ser cumplido con posterioridad, aun cuando no exista vinculación laboral vigente, que es precisamente lo que acontece en autos, pues de conformidad con el reporte de semanas cotizadas en pensión, expedido por COLPENSIONES y actualizado al 17 de julio de 2018 (folios 48 a 64), la demandante cuenta con 1497 semanas de cotización (folio 54), las cuales, en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, resultan suficientes para hacerse beneficiaria de la pensión por vejez, encontrándose únicamente pendiente de cumplir con la edad para adquirir el estatus, la que según la norma en mención corresponde a 57 años, los cuales, dada la fecha de nacimiento de la actora (folio 30), cumpliría el 15 de noviembre de 2022.

En ese sentido, claro resulta que la demandante no ostenta la calidad de prepensionada y por ende, no es factible, por esta razón declarar la ineficacia del despido.

De otra parte, refiere la demandante, no se atendió de manera oportuna por parte de su empleador, la denuncia de acoso laboral efectuada un año antes de que se terminara de manera unilateral su contrato de trabajo, siendo esta otra razón, para considerar la ineficacia del finiquito de la relación laboral.

Al punto, debe la Sala, indicar que la Ley 1010 de 2006 tuvo como finalidad generar una protección, desde varias dimensiones, respecto del lugar de trabajo,

con la consecuente posibilidad de adoptar correctivos inmediatos ante la demostración efectiva de conductas que constituyan acoso laboral, a las cuales se les dio trámite especial. No obstante, las demás conductas que de allí pueden derivar, sin duda, continuaron bajo la esfera decisoria ordinaria, cuando, como en este caso se debaten las consecuencias de ineficacia del despido, de que trata el artículo 12 ibídem. Así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL17063 de 2017, en la que señaló:

“(…)

De lo anterior surge patente que el procedimiento especial que determinó la ley lo fue para emitir decisión pronta sobre las sanciones del pluricitado artículo 10, pero no para extraer del conocimiento de los jueces ordinarios otras consecuencias que pueden derivar de la demostración del acoso o persecución laboral como los perjuicios morales, la reinstalación, los daños materiales y las demás anexidades jurídicas que la compleja construcción del concepto lleva implícita y que impone a la Corte, como máxima instancia en materia del trabajo y de la seguridad social su intervención.”

El artículo 2 de la Ley 1010 de 2006, definió el acoso laboral como “*toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado o trabajador, por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo o inducir a la renuncia del mismo*” bajo las modalidades de maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad o desprotección laboral.

Este, entonces, corresponde a un “*hostigamiento continuado*” cuya génesis se encuentra entre los miembros de la organización de trabajo en la que se reflejan las múltiples disfunciones sociales y cuyo objetivo premeditado es la intimidación y el amedrentamiento, para consumir emocional e intelectualmente, de allí que para que se concreten las conductas deben estar concatenadas, ser persistentes y fundamentalmente sistemáticas¹. En ese sentido, resulta claro que no todos los conflictos originados dentro de una empresa, relacionados directa o indirectamente con las actividades que se ejecutan, las instrucciones que se imparten o el poder disciplinario ejercido por el empleador, pueden llegar a calificarse como acoso, es por ello que los artículos 7 y 8 de la anotada Ley establecen aquellas conductas que constituyen acoso, y las que no.

La ineficacia del despido, por su parte, en los términos del numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, está concebida como una garantía contra actitudes retaliatorias de quien ha presentado quejas de acoso laboral, disposición que en su parte pertinente reza:

*“A fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, establézcase las siguientes garantías: 1.- La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral **que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran, dentro de los seis (6) meses siguientes** a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento (...)”*

Para que opere dicha garantía se requiere, conforme a la parte final de esa norma, que la autoridad administrativa o judicial verifique la ocurrencia de los hechos denunciados.

Sobre el particular, sostuvo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL17063 de 2017:

“En efecto, como lo puso de presente la alzada, el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, regula la protección especial de la víctima de acoso laboral, para que no pueda ser desvinculada, ello como una garantía frente a ciertas actitudes retaliatorias, con lo cual se busca evitar actos de represalia. Conforme a ese mandato legal, se establece una presunción legal a favor de la persona que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios que alude dicha normativa, en cuanto a que el despido que se lleve a cabo dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, debe entenderse que tuvo lugar por motivo del acoso, correspondiéndole al empleador demostrar que la terminación del contrato de trabajo no fue producto de la denuncia instaurada por el trabajador, para que no proceda su ineficacia.

Sin embargo, esas conductas objeto de la denuncia o queja instaurada por la supuesta víctima, deben necesariamente enmarcarse dentro de aquellas que constituyen acoso en los términos del artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, y además como lo dispone la parte final del numeral 1 del artículo 11 ibídem, la autoridad administrativa, judicial o de control competente, ha de verificar «la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento», requisitos indispensables para poder dar aplicación a las prerrogativas por retaliación, entre ellas dejar sin efecto la ruptura del nexo contractual laboral.” (Negrilla y subrayas de la Sala).

¹ Sentencia SL17063 de 2017.

Pues bien, en el caso de autos, sostiene la demandante, presentó una queja sobre “maltrato y ambiente tóxico laboral” el 21 de junio de 2017 “*la cual no fue atendida en su momento apropiado*” situación que la llevó a solicitar el cambio de horario laboral.

En efecto, en el plenario reposa comunicación calendada 21 de junio de 2017 dirigida a ADRIANA BOTERO, Jefe Departamento de enfermería de la Clínica de la Mujer, suscrita por la demandante, en la que se lee:

“Por medio de la presente comunico a usted una situación que en el momento está afectando mi salud física y mental. Esta situación se da por el permanente irrespeto que ciertas compañeras de turno ejercen hacía mí. Son ellas: Yuly Andrea Martínez, Angela Rodríguez e Ibel. Me siento maltratada verbal y psicológicamente por su permanente acoso y señalamiento de que soy una persona informante, complicada y conflictiva. En lo anterior estoy utilizando expresiones suaves, ya que en realidad son peores los señalamientos verbales a los que he estado sometida de parte de mis compañeras aquí mencionadas.

La anterior razón me lleva a solicitar a usted un cambio que sea saludable para mí, para mí salud mental y física, la cual siento en este momento está afectada. Por tanto quiero pedir el favor de que me cambie de noche para poder laborar en un ambiente más sano y agradable, pues mi tolerancia ha llegado a límites que como ya le había explicado me afectan muchísimo.

Quiero agregar a usted que en la noche anterior junio 20 de 2017 se presentó un altercado verbal con las personas que anteriormente mencioné fue tal la manera como me sentí, tan maltratada, agredida y humillada, que mi tensión arterial (sic) se elevó y fue necesario tomar medicamentos adicionales a mi tratamiento usual. De este incidente la jefe de la centra Sandra Lucy ya está enterada”

Sobre tal misiva se le indagó al representante legal de la demandada, quien al absolver el interrogatorio de parte² refirió que la misma se tramitó en el Comité y fue catalogado no como una conducta de acoso laboral sino como un problema de convivencia, de relaciones interpersonales.

La testigo YULI ANDREA MARTÍNEZ RODRÍGUEZ³, instrumentadora quirúrgica y compañera de turno de la demandante, persona a quien se refiere la actora en su misiva, mencionó que tuvo altercados y discrepancias con la actora en temas laborales y conoció del envío de la carta al comité ético, por lo cual fueron citadas

² Cd folio 175, audiencia del 11 de marzo de 2020, récord 10:30.

³ Cd folio 175, audiencia del 11 de marzo de 2020, récord 1:29:07

a una junta donde se trató el asunto y eso fue todo. Asegura, nunca se ha referido mal de la actora.

A su turno, ADRIANA PATRICIA BOTERO RODRÍGUEZ⁴, jefe de enfermería y superior jerárquica de la demandante, dijo que conoció un altercado entre la convocante y YULI MARTÍNEZ y sobre la comunicación que radicó la demandante, pero se definió como un tema de relaciones interpersonales que no trascendió a lo laboral, advirtiendo que nunca tuvo necesidad de intervenir como jefe directa, precisando, el despido se produjo fue por el desconocimiento de los protocolos por parte de la actora en unos procedimientos quirúrgicos.

CESAR RICARDO MORA SÁNCHEZ⁵, médico anesthesiólogo, al tema indicó que conocía la demandante no se llevaba bien con la otra instrumentadora, pero desconoce situaciones denunciadas por acoso laboral.

LIGIA YASMINA CASTELLANOS RODRÍGUEZ⁶, jefe de departamento de derechos humanos de la Clínica de la Mujer, señaló que la Carta radicada por la demandante, en la que se señalaban diferencias con otra instrumentadora, fue redireccionada al Comité de Convivencia Laboral quien es el que tiene tipificado el procedimiento para determinar si lo denunciado constituye o no acoso laboral, pero desconoce qué tipo de decisión se adoptó frente al tema. Relató, en la diligencia de descargos y en el Comité que decisión sobre la terminación del contrato de trabajo de la actora ninguna referencia se hizo a la Carta que ella había entregado con anterioridad.

Por su parte las testigos AURA ELENA CAMPO SALGADO⁷ hospitalaria de la Clínica de la Mujer y ELBA PIZA URREGO⁸ enfermera profesional indicaron no conocer el contenido de la aludida carta y menos aún sobre denuncias de acoso laboral,

Como puede verse de la prueba reseñada, no es posible predicar el cumplimiento de los presupuestos a que se refiere el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006 para

⁴ Cd folio 175, audiencia del 11 de marzo de 2020, récord 1:55:54.

⁵ Cd folio 175, audiencia del 11 de marzo de 2020, récord 2:24:53

⁶ Cd folio 192, audiencia del 22 de julio de 2020, récord 39:33.

⁷ Cd folio 175, audiencia del 11 de marzo de 2020, récord 46:13.

⁸ Cd folio 175, audiencia del 11 de marzo de 2020, récord 58:54.

presumir que el despido de la demandante fue por las denuncias de acoso laboral instauradas, por cuanto, de un lado, con la misiva radicada ante su empleadora no puede predicarse el agotamiento de “*procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios*” los cuales están reglados en el artículo 9 de la norma *ejusdem*; y de otro, no existió la calificación de un acoso laboral por parte de la autoridad competente. Adicionalmente, la parte actora no demostró a través de ningún medio de prueba que la situación aludida en la misiva tenga el carácter de reiterativo, sistemático y que se enmarca dentro de las conductas que la Ley aludida califica como acoso laboral, por el contrario, las pruebas insinúan que los inconvenientes con YULI ANDREA MARTÍNEZ correspondían en realidad a problemas interpersonales, pero no hay elementos que permitan establecer que tales discusiones estaban “*encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo.*”

En ese sentido, no puede decirse que en este caso hubo un despido derivado de la señalada “denuncia” de acoso laboral, que llevara a declarar la ineficacia del despido, lo cual amerita la confirmación de la decisión de la sentencia en este punto.

De otra parte, sea del caso indicar, el despido no es una sanción que solamente pueda ser impuesta una vez agotado un procedimiento disciplinario con observancia del debido proceso, dentro del cual se destaca la oportunidad de escuchar al disciplinado en descargos. Así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia con Radicación 29207 del 5 de junio del 2007⁹, criterio reiterado en la SL3655 radicación 47346 del 9 de marzo del 2016 y más recientemente en la SL4533 del 13 de septiembre del 2017¹⁰.

⁹ “Por último es de anotar, que en varias oportunidades ha señalado la Sala que **el despido no se asimila a una sanción disciplinaria, y que el agotamiento imperativo de un trámite previo sólo se exige legalmente con arreglo al artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo para la imposición de sanciones disciplinarias, no estando previsto legalmente tal procedimiento cuando se trata de una decisión de despido de un trabajador privado por las causales consagradas en los numerales 5° y 6° del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, el cual podrá reclamarse cuando se hubiera establecido en una convención, laudo, reglamento o cualquier otro estatuto interno. En casos de despido lo único que consagra la ley, es la obligación de cumplir el preaviso para ciertas justas causas.**

En sentencia del 25 de julio de 2002, rad. N° 17976, señaló la Corte al respecto:

“(…) Valga agregar que el artículo 115 del CST, prevé el procedimiento para imponer sanciones disciplinarias al trabajador, al cual debe ceñirse estrictamente el empleador cuando a ese fin apunta, descartando su aplicación cuando se trata del despido “que no es una sanción disciplinaria-, pues si la falta da lugar a la terminación del contrato de trabajo, la ley laboral no prevé ningún mecanismo o trámite previo

En esa medida, se tiene que la sanción disciplinaria apunta a un correctivo mientras que la terminación desde luego implica la ruptura del contrato de trabajo, sin que para este último se exija legalmente un trámite previo, a menos que extralegalmente así se convenga, caso en el cual, su desconocimiento derivará en la ineficacia o nulidad del despido.

En el caso de marras, específicamente en lo relacionado con el proceso disciplinario, el artículo 52¹¹ del reglamento interno de trabajo (folio 148) regula el “*procedimiento para la comprobación de faltas y formas de aplicación de las sanciones disciplinarias*” al interior de la empresa demandada estableciendo unos trámites previos a la imposición de sanciones, y en el artículo 53 siguiente

a tal determinación, excepto en los casos en que procede el preaviso, según la clase de falta cometida (Art.7º Dcto.2351/65), dejando a salvo, obviamente, de este concepto lo que al respecto se hubiera pactado en el contrato de trabajo, convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, etc...” En el mismo sentido radicaciones 13856, 16700, 21112 y 17976.

¹⁰ *“Debe precisar la Sala que ha sido criterio reiterado de esta corporación que el despido no constituye una sanción disciplinaria, y por tanto, no es indispensable que se siga el procedimiento que se hubiese pactado para su imposición, a menos que se haya previsto extralegalmente un trámite especial y previo para terminar el contrato de manera unilateral por el empleador. Así se recordó recientemente, en sentencia CSJ SL10297-2017:*

Así mismo, resulta importante destacar que la posición del Tribunal, según la cual el despido no es una sanción y por ende para su aplicación no se requiere de un trámite previo y especial, a menos que extra legalmente así se haya pactado, es acertado y ajustado a derecho, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corporación, recientemente en la sentencia SL 13691 – 2016, de ago.24 de 2016, rad. 52134, en los siguientes términos:

Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, si el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb.2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 Nov. 2014. rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto.

De tal manera que la legalidad y justeza del despido no podía verse afectada porque la diligencia de descargos se hubiere surtido sin la asistencia de dos compañeros del trabajador.

Así las cosas, siendo que el artículo 61 del reglamento de trabajo hace referencia al trámite dispuesto para aplicar una sanción disciplinaria y no para despedir, no era dable que el empleador hubiese seguido un procedimiento. En todo caso, se advierte que sí se otorgó la oportunidad para que el trabajador rindiera las explicaciones correspondientes sobre las faltas endilgadas, tal como lo hizo en diligencia de descargos rendida el 8 de octubre de 2005 (f.º86-89).”

¹¹ *“Antes de aplicarse una sanción disciplinaria, el empleador deberá oír al trabajador inculpado directamente y si éste es sindicalizado deberá estar asistido por dos representantes de la organización sindical a que pertenezca.*

En todo caso se dejará constancia escrita de los hechos y de la decisión de la empresa de imponer o no, la sanción definitiva (artículo 115 C.S.T.)”

preceptúa que *“No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria impuesta con violación del trámite señalado en el anterior artículo (artículo 115, C.S.T.)”*.

Del análisis integral de las disposiciones reseñadas, se infiere sin dificultad que el reglamento interno de trabajo vigente al momento del despido de la demandante, no remite para efectos de la terminación del contrato a las formas contenidas en el procedimiento diseñado para sanciones disciplinarias. De allí se infiere que el despido no es visto o equiparado como medida o sanción disciplinaria.

En ese sentido, la falta de agotamiento de un trámite previo al finiquito unilateral del contrato, en este particular caso, no conlleva a declarar su ineficacia. En todo caso, y teniendo en cuenta que el procedimiento contemplado en el reglamento interno fija parámetros para la comprobación de faltas, encuentra la Sala que dicho procedimiento, pese a no ser necesario, fue surtido en el caso de la actora, pues nótese, que fue citada para descargos, con la manifestación de las circunstancias por las cuales era requerida y advirtiendo la posibilidad de concurrir con dos compañeros de trabajo que obraran como testigos y aportar las pruebas que considerara pertinentes (folios 12 y 13), diligencia que en efecto se llevó a cabo el 12 de julio de 2018 (folios 14 a 18), oportunidad en la que la misma demandante respondió negativamente cuando se le cuestionó si deseaba aportar elementos probatorios o presentar testigos (folio 15).

Con lo hasta aquí analizado, para la Sala no hay lugar a declarar la ineficacia del despido de la demandante, pues no se configuraron ninguna de las circunstancias alegadas por esta, y por ende, improcedente resulta disponer el reintegro deprecado con el consecuente pago de salarios y demás prestaciones rogadas de manera principal.

Frente a la pretensión subsidiaria, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., *“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)”* por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla, por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el parágrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*, advirtiéndole, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa¹².

De tal suerte, como se anunció al inicio, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada mediante comunicación calendada 13 de julio de 2018 (folios 19 a 21); en cuanto a su entrega a la accionante, aunque esta no se refiere expresamente al recibo de la misma en su escrito introductor, en el hecho vigésimo tercero (folio 40) hizo mención a la terminación unilateral del contrato de trabajo de la que fue sujeto en la fecha reseñada.

Ahora, en la misiva (folios 19 a 21) se señalaron como casusas del despido las siguientes:

“De acuerdo con la diligencia de descargos adelantada el día doce (12) de julio de 2.018, en aras de dar cumplimiento a lo establecido en el Artículo 29 de la Constitución Política y en el Artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo, a la que usted fue citada previamente por los presuntos incumplimientos en el procedimiento de “Manejo para el recuento de compresas, agujas y material médico quirúrgico”, durante los procedimientos quirúrgicos realizados a las pacientes TATY JOHANA CABRA el 26 de junio de 2018 y LAURA ANDREA SALAZAR CORREA el 11 de julio de 2018, se pudo verificar y constatar que existe un gravísimo incumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales dentro del cargo que desempeña como Instrumentadora Quirúrgica y del régimen de prohibiciones, teniendo en cuenta lo siguiente:

- 1. El pasado 26 de junio de los corrientes, se practicó un procedimiento quirúrgico a la paciente TATY JOHANA CABRA, interviniendo usted dentro de la misma como instrumentadora. Durante el procedimiento al no ser realizado por usted el recuento y verificación de todo el material y elementos utilizados en la cirugía, lo cual hace parte de sus funciones, se ocasionó que a la paciente en mención se le*

¹² Sentencia 14 de agosto de 2007, radicado 29213 Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz *“(...) La demostración de la justa causa del despido corresponde al patrono.” la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley...”*

quedara adentro de la cavidad abdominal elemento quirúrgico que generó que para su retiro posteriormente tuviera que ser nuevamente intervenida.

- 2. El 11 de julio del año que cursa, tras el procedimiento quirúrgico realizado a la paciente LAURA ANDREA SALAZAR CORREA y encontrarse en el área de recuperación, usted, a pesar de que ello no hace parte de sus funciones y que era exclusivamente competencia del médico cirujano u hospitalario, procedió de forma irresponsable a retirarle un dispositivo utilizado en el procedimiento consistente en una cánula vaginal y pinzas colocadas en el cuello uterino, sin verificar que la oliva (punta) de la cánula había quedado dentro de la paciente, lo cual le habría podido ocasionar una lesión.*

Adicionalmente y a pesar que dentro del procedimiento “Manejo para el recuento de compresas, agujas y material médico quirúrgico”, se encuentra claramente establecido que la instrumentadora debe verificar que todos los elementos y el instrumental utilizado en los procedimientos estén completos, usted de manera deliberada decidió no dar aviso a los médicos respecto a la falta de los materiales dejados en la paciente, ni del retiro que usted había hecho sin autorización y solo dio aviso al médico hospitalario de lo ocurrido para que revisara la paciente, cuando de la central de esterilización informaron que faltaba la oliva de la cánula. Siendo importante menciona, que omitió también reportar la situación a la Jefe de Enfermería de Salas de Cirugía, todo lo cual hace parte de sus obligaciones.

*En la mencionada diligencia tuvo Usted la oportunidad de dar sus explicaciones y ejercer su Derecho de Defensa, consecuencia de lo cual reconoció aceptó las faltas graves en las que incurrió, atendiendo a que efectivamente admitió que en los eventos antes referenciados no dio cumplimiento irrestricto al procedimiento de “Manejo para el recuento de compresas, agujas y material médico quirúrgico”, el cual es de su pleno conocimiento, tal y como expresamente lo manifestó en dicha diligencia, obligación que le compete como instrumentadora; dentro de ese procedimiento se encuentra absolutamente claro que terminado el procedimiento quirúrgico y **antes que el cirujano inicie el cierre del peritoneo**, la instrumentadora debe realizar el recuento de todos los elementos y que en caso de faltantes debe dar aviso inmediato al médico cirujano, sin embargo, no se atendió dicha obligación a pesar de tener plena conciencia de la obligatoriedad de su cumplimiento.*

Los hechos ocurridos con las pacientes, no solo generan la gravísima consecuencia de exponer su salud, sino que la imagen del profesional de la salud que practicó la cirugía y de la Clínica sufren enormemente por el impacto negativo que tiene su confiabilidad y credibilidad frente a sus pacientes y familias y frente a los actores que componen el sector de la salud en general.

Definitivamente, tal y como fue reconocido por usted dentro de la diligencia de descargos, se presenta una grave responsabilidad de su parte, ya que hubo un proceder negligente que pone en riesgo muchos intereses comunes, que van desde la salud de las pacientes hasta el patrimonio e imagen tanto del médico como de la Institución.

La Clínica se ha esforzado para que sus trabajadores conozcan y asimilen la importancia que tiene el cumplimiento de los procedimientos establecidos para cada tipo de intervención y específicamente la que tiene el recuento de compresas, agujas, y

material médico quirúrgico, cuyo cuidado es mayor por cuanto el dejar dentro del organismo de los pacientes estos elementos puede generar consecuencias gravísimas en su salud.

Por todo lo anterior, no existe duda que con sus conductas se han violado de manera grave las obligaciones especiales consagradas en los literales e), g) y h) del artículo 39 del Reglamento Interno de Trabajo que indica:

- “e) Ejecutar los trabajos que le confíen con honradez, buena voluntad y de la mejor manera posible*
- g) Recibir y aceptar las ordenes, instrucciones y correcciones relacionadas con el trabajo, con su verdadera intención que es en todo caso la de encaminar y perfeccionar los esfuerzos en provecho propio y de la empresa en general.*
- h) Observar rigurosamente las medidas y precauciones que le indique su respectivo Jefe para el manejo de las máquinas o instrumentos de trabajo.”*

En igual sentido ha incumplido las obligaciones contenidas en los numerales 1 y 5 del artículo 44 del mismo reglamento que establece:

- “1. Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos de este reglamento, acatar y cumplir las ordenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes según el orden jerárquico establecido.*
- 5. Comunicar oportunamente a la empresa las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios.”*

De la misma manera han incumplido las obligaciones contenidas en los siguientes numerales del artículo 45 del mismo Reglamento que establecen:

- “4. Cumplir y desarrollar las órdenes e instrucciones que se le impartan por sus superiores para la realización o ejecución normal de trabajo que se le encomienda a fin de lograr calidad y eficacia.*
- 5. Observar y cumplir con suma diligencia y cuidado las órdenes e instrucciones sobre el manejo de instrumentos y equipos a fin de evitar accidentes, daños y pérdidas de cualquier índole para la empresa.*
- 22. Cumplir eficientemente con las órdenes que reciba de sus superiores respecto al trabajo que deba desempeñar.*
- 23. Reportar al jefe inmediato superior, cualquier error, daño, falla o accidente que ocurra en os equipos, procesos, instalaciones o personas”*

Por otra parte, se han violado de manera grave la siguiente prohibición especial contenida en el artículo 48 del Reglamento:

- “5. Descuidar el desarrollo de sus responsabilidades e incumplir órdenes e instrucciones de los superiores”.*

Con sus conductas de igual manera trasgresión (sic) las siguientes disposiciones que se encuentran reguladas en el Código Sustantivo del Trabajo

“Artículo 58. Obligaciones especiales del trabajador. Son obligaciones especiales del trabajador:

1. Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.
5. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios.”

Es preciso aclarar que, en el año 2014 se presentó una situación similar de incumplimiento del procedimiento que se ha venido haciendo referencia en este documento, desencadenando que una de las compresas utilizadas en la cirugía se quedara adentro de una paciente, siendo necesario volverla a pasar a cirugía, lo que generó en la debida oportunidad que le fueran impuesta (sic) sanción disciplinaria respectiva.

Como consecuencia de todo lo anterior, la Clínica ha analizado la situación, y ha tomado la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa, a partir del día Trece (13) de Julio de 2018, ya que los hechos desplegados por su conducta constituyen una falta grave a las obligaciones y prohibiciones especiales del trabajador de acuerdo con las normas antes citadas y lo dispuesto por el literal c) del artículo 51 del mencionado Reglamento, situación que constituye una justa causa de terminación del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el numeral 6° del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo y el numeral 4° del mismo precepto normativo, ya que se presenta una negligencia grave que pone el peligro el prestigio, imagen y confiabilidad de la Institución y su patrimonio mismo frente a eventuales reclamaciones económicas.”

En ese orden, frente a la causal invocada en la misiva de despido, se advierte, mediante comunicación del 12 de julio de 2018 (folios 12 y 13), la demandada, a través de YASMINA CASTELLANOS, jefe departamento talento humano, citó a ADRIANA ESPITIA LÓPEZ con el fin de que acudiera a diligencia de descargos en esa misma calenda a las 9:00 a.m., a efectos de escuchar su versión respecto de lo siguiente:

“Atentamente nos permitimos informarle que la Clínica de la Mujer S.A.S dará apertura a una investigación disciplinaria por los hechos reportados por Adriana Botero, Jefe Depto. De Enfermería, por los graves incumplimientos que usted ha tenido en el proceso de revisión, conteo y seguimiento de dispositivos utilizados durante las cirugías de las pacientes TATY JOHANA CABRA, en fecha Junio 26 de 2018 y SALAZAR CORREA LAURA ANDREA, paciente a quien durante el procedimiento de la noche del 11 de Julio de 2019, en el área de Recuperación se le retiró un Dispositivo utilizado durante el procedimiento quirúrgico, incurriendo con su conducta en una presunta violación de los numerales e), g) y h) del artículo 39, numerales 1) y 5) del artículo 44, numerales 4) 5) 22) y 23) del artículo 45 y numeral 5) del artículo 48, todos del Reglamento de Trabajo (...)

Por lo anterior, le solicitamos se sirva acercarse a las oficinas del Departamento de Talento Humano, con el fin de rendir los descargos correspondientes en el día jueves 12 de Julio de 2.018 a las 9:00 de la mañana, conforme citación verbal realizada por la Jefe Adriana Botero.

Se le informa que a esta diligencia podrá asistir con dos (2) compañeros de trabajo para que obren en calidad de testigos en la diligencia, así como allegar las pruebas que considere pertinentes para controvertir los hechos descritos.”

La diligencia de descargos de la actora se adelantó en la data y hora anotada en la citación, según se dejó consignado en el acta por él suscrita (folios 14 a 18). En esa oportunidad, refirió, labora para la Clínica desde hace más de 24 años como Instrumentadora Quirúrgica en el servicio de Cirugía, en el turno de la noche de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., día de por medio.

Al cuestionársele si conocía el reglamento interno de trabajo, respondió afirmativamente. De la misma forma respondió al preguntarle si tenía conocimiento sobre el procedimiento “*Manejo para el recuento de compresas, agujas y material médico- quirúrgico*” CIRD.001.

Luego, se indagó “*si participó en la reunión de análisis del procedimiento quirúrgico de la paciente Taty Johanna Cabra, en donde se detalla el incumplimiento suyo en el procedimiento de “Manejo para el recuento de compresas, agujas y material médico-quirúrgico” (CIRD.001) y que hizo necesario pasar por segunda vez a la paciente a cirugía*”, frente a lo cual respondió:

“Se hizo apendicectomía de la paciente, se le encuentra un quiste de ovario, al terminar el procedimiento el cirujano realizando la descripción quirúrgica preguntó si la bolsa había salido y yo le dije al cirujano que sí, él me dijo que había colocado una bolsa en la cavidad, empecé a buscar en la caneca y en todas partes la segunda bolsa, pero no la encontramos, entonces hubo que pasar a la paciente a cirugía nuevamente para retirar la bolsa. Yo me confié que el médico había sacado la bolsa y la había votado (sic) a la caneca y le pasé la segunda bolsa, yo no vi cuando él ingresa la bolsa y la guarda hacia el lado derecho del hígado”

Posteriormente se indicó:

“según su respuesta anterior, y siendo que usted afirma que dentro de sus funciones debe garantizar el recuento de todo el material utilizado en la cirugía, y al afirmar usted que se confió en que el médico había desechado la primera bolsa, se podría

concluir que usted incumplió el procedimiento de “Manejo para el recuento de compresas, agujas y material médico- quirúrgico”?”

Respuesta: Si es cierto. Las bolsas que ingresan a la cavidad no se registran en la hoja de recuento.

Siendo que usted es la responsable del proceso de recuento, y según informa no se registran las bolsas en la hoja de recuento, a usted se le ocurrió preguntar o verificar dónde estaban las dos bolsas?

Respuesta: No se me ocurrió

En el caso de la paciente Laura Salazar corre, sírvase informar si usted instrumentó ese procedimiento?

Respuesta: Si yo lo hice.

Sírvase informar si usted cumplió el procedimiento Manejo para el recuento de compresas, agujas y material médico quirúrgico” e instrumental en este caso, antes de salir la paciente de sala?

Respuesta: El cirujano termina el procedimiento y se salió, el médico hospitalario cerró la piel y se retiró dejando en la paciente una cánula vaginal y una pinza a la entrada de la vagina, yo retiré la cánula y pinza sin verificar que la oliva de la cánula no estaba.

El proceso de retirar la cánula y la pinza a la entrada de la vagina, es una función suya?

Respuesta: No.

Llamó usted al médico cirujano o al médico hospitalario para retirar estos elementos?

Respuesta: No los llamé.

Se considera usted competente para realizar una actividad que no es su responsabilidad?

Respuesta: No, alguna vez lo hice y no pasó nada.

Informó usted a su jefe inmediato sobre esta situación?

Respuesta: No.

Si durante el procedimiento, la instrumentadora debe verificar todos los elementos y el instrumental utilizados durante el mismo, por qué razón en este caso no se dio aviso a los médicos que falta instrumental (sonda vaginal y pinzas colocadas en el cuello del útero) para lograr tener el instrumental completo utilizado en la cirugía?

Respuesta: Porque los elementos estaban a la vista pero tenáculo estaba dentro de la vagina de la paciente y yo lo retiré.

Según su respuesta inmediatamente anterior, esto es un acto inseguro que puede generar una lesión en la paciente, y en este caso originó que se quedara dentro de la vagina de la paciente, una parte del dispositivo retirado, por usted, qué tiene que decir?

Respuesta: Que yo sé hacer este procedimiento. No me di cuenta que faltaba la oliva.

En qué momento se dio cuenta que el dispositivo retirado por usted, estaba incompleto? Y donde estaba la paciente en ese momento?

Me entero cuando me avisan de la central que faltaba la oliva de la cánula, la paciente ya se encontraba en recuperación.

Si la paciente ya estaba en recuperación, informe si usted cumplió detalladamente el procedimiento de Manejo para el recuento de compresas, agujas y material médico-quirúrgico” (CIRD.001) e instrumental?

Respuesta: *No lo cumplí completamente porque no me di cuenta que faltaba la oliva de la cánula.*

Informe si usted le avisó a su jefe inmediato o alguna otra persona sobre esta situación:

Respuesta: *cuando me informaron de la central de esterilización que faltaba la oliva de la cánula, llamé al médico hospitalario y le dije que revisara a la paciente. La Doctora Ocampo revisó a la paciente y le retiró la oliva que estaba dentro de la vagina.*

(...)

Conoce usted el proceso para reportar los incidentes que pasan con los pacientes?

Respuesta: *Se le informa a la Jefe de Enfermería de Salas de Cirugía.*

(...)

Adriana usted es consciente de todas las implicaciones que tiene para la Clínica, y para el paciente, el no cumplir con el procedimiento de “manejo para el recuento de compresas, agujas y material médico- quirúrgico” (CIRD.001)?

Respuesta: *Si soy consciente.*

Preguntado: Según sus respuestas anteriores, se puede evidenciar que hay incumplimiento en las obligaciones contractuales, las cuales constituye una falta grave sancionable laboralmente, acepta usted esta falta?

Respuesta: *Si la acepto.”*

Las respuestas dadas por la trabajadora en la diligencia de descargos, a juicio de esta Corporación, resultan ser prueba de confesión respecto a los hechos que le fueron endilgados y el conocimiento sobre la gravedad de las mismas.

Ahora bien, dentro de las diligencias se aportaron como medios de convicción los siguientes que a continuación se destacan:

Se allegó al expediente acta de la declaración rendida por ELBA PIZA URREGO, en su calidad de Enfermera jefe de salas de cirugía (folio 108 a 109), CLAUDIA MIREYA TRIVIÑO MARTÍNEZ, Auxiliar de enfermería (folios 110 y 111), MARIA DEL PILAR CRUZ GÓMEZ (folios 112 y 113) igualmente auxiliar de enfermería,

realizadas el 13 de julio de 2019 ante la Jefe de Departamento de Enfermería ADRIANA BOTERO, quienes estuvieron presentes en el turno del 11 de julio de 2018 y se dieron cuenta de lo ocurrido con la paciente LAURA SALAZAR, esto es, el olvido en su cavidad vaginal de la oliva de una cánula.

La primera relata a su empleadora los siguientes apartes que se destacan:

“(…)

El Dr. Miranda se retiró de la sala con el aval de la instrumentadora Adriana una vez se terminó el procedimiento y de acuerdo al formato de recuento de compresas y material médico quirúrgico, TODO estaba completo. (...) hacia las 21:00 horas se me acerca Adriana Espitia y me comenta que el Dr. Miranda le había retirado el dispositivo intrauterino a la señora durante el procedimiento y que se lo fue a mostrar a la señora en recuperación y le dijo que lo podía desechar y que ella lo hizo en ese momento. (...) cuando yo me retiré de la sala y me dirigí a recuperación la auxiliar Claudia Triviño me comenta que la Dra Ocampo le había realizado un tacto vaginal a la paciente desconociendo el motivo del mismo y sin habersele llamado a la Dra para realizarlo, hay (si) en la sala de recuperación se encuentra Yuli con Claudia quien refiere que durante el lavado del instrumental notaron la falta de una oliva en la cánula vaginal Cohen y que ya le había preguntado a Adriana y ella le había referido que no podía ser posible dado que ella había verificado y todo iba completo. De ahí deduje la situación de que si Adriana había tenido contacto con la Dra Ocampo en una sala antes de iniciar el pomey, era ella quien le había solicitado que valorara la paciente para estar segura que la pieza faltante estuviera ahí en la cavidad. Sobre las 22 horas paso otra paciente a la sala 2 (...) durante el procedimiento después de casi 30 minutos me mandan llamar a sala donde la instrumentadora me dice “Jefe imagínese que durante el procedimiento del Dr. Miranda se me quedó una pieza dentro de la vagina de la paciente pero yo le pedí el favor a la Dra. Ocampo para que la sacara “Jefe por favor NO lo reporte”. (...) se termina el procedimiento de esta paciente y sale a recuperación, inmediatamente Adriana se me dirige en llanto, exhaltada (sic) como en ataque de pánico dentro de la sala 4 nos ubicamos con el Dr. Mora y ella insiste en que no se reporte el evento y que no se explica cómo no había notado el faltante de la pieza y que no le había dicho anda al Dr Miranda para haberlo retirado antes de haberse salido de la sala (...).”

MARIA DEL PILAR CRUZ GOMEZ, quien estuvo presente al momento de la intervención quirúrgica realizada a LAURA SALAZAR CORREA, comentó que al finalizar el procedimiento no se hizo el conteo del instrumental, y cuando la paciente se empieza a despertar y mueve una pierna se dan cuenta que tiene puestos aun el espejo, sonda y la pinza en la vagina, a lo cual ADRIANA ESPITIA le dijo “ayúdeme con la pierna de la paciente que yo se lo quito”; que pasadas 2 horas su compañera CLAUDIA TRIVIÑO le comentó que a la paciente

se le había quedado “*la chupita o el adaptador*” de la cánula vaginal, un “*pedacito negro*”.

Al expediente también se incorporó copia del procedimiento “*Manejo para el recuento compresas, agujas y material médico quirúrgico*” (folios 114 a 120) en el que se consigna que “*terminado el procedimiento quirúrgico y antes que el cirujano inicie el cierre, la instrumentadora debe solicitar a la auxiliar de la sala la realización del recuento de compresas final*” (folio 115).

Además se establece: “**NOTIFICACIÓN DE INCIDENTES Y EVENTOS ADVERSOS:** *Ante cualquier irregularidad en el conteo durante el acto quirúrgico se deben seguir los pasos enunciados previamente en el ítem de complicaciones y realizar la notificación del evento en el software (sic) de calidad Almería, diligenciando un reporte de E.V.A. para posteriormente realizar el análisis correspondiente y generar la acciones de mejora a que haya lugar del procedimiento*”.

De igual manera se recibieron el testimonio de AURA ELENA CAMPO SALGADO¹³, médica hospitalaria en la Clínica de la Mujer, quien indicó, luego del procedimiento realizado a Laura Salazar, ADRIANA ESPITIA la llamó que necesitaba una ayudante quirúrgica porque luego de la cirugía le falta una oliva, que si podía revisar a la paciente. Cuando lo hizo, encontró la oliva en el canal vaginal. Sostuvo, la obligación de retirar el elemento olvidado en la paciente era del médico que intervino en el procedimiento.

ELBA PIZA¹⁴ por su parte, enfermera profesional vinculada a la clínica demandada, señaló que una pieza quirúrgica quedo alojada en la cavidad vaginal de una paciente en cuyo procedimiento había actuado la demandante como instrumentadora quirúrgica siendo ella la que debía percatarse de la ausencia de dicho elemento porque es quien maneja el inventario de la cirugía, además de ser quien da el aval para la terminación del procedimiento una vez hecho el recuento del instrumental. Mencionó, enterados del evento, la actora le pidió que no reportara la situación porque la semana anterior había pasado algo grave con un

¹³ Cd folio 175, récord 46:13.

¹⁴ Cd folio 175, récord 58:54.

conteo de unas bolsas. Dijo, esa situación pudo traer consecuencias vitales para la paciente.

Por su parte, la deponente YULI ANDREA MARTINEZ RODRÍGUEZ¹⁵, instrumentadora quirúrgica y ex compañera de turno de la promotora del juicio, relató que una vez recibió el instrumental que fuera utilizado en la cirugía de LAURA SALAZAR para esterilización, de parte de la demandante, se dio cuenta que faltaba una pieza de la cánula por lo que de inmediato iniciaron la búsqueda del elemento. Dijo, cuando fue devuelta la pieza, la demandante le dijo que la tenía en un guante en el bolsillo, pero no supo quien se la entregó, además le pidió que no le comentara a nadie. Refirió, días antes ocurrió otro percance similar en el que se quedó alojada una bolsa dentro de una paciente, en la que ADRIANA ESPITIA fungió como instrumentadora.

La señora ADRIANA PATRICIA BOTERO RODRIGUEZ, jefe directa de las instrumentadoras, refirió a un suceso ocurrido en el año 2014 en el que se dejó olvidada una compresa en la cavidad abdominal de una paciente, razón por la cual tuvieron que volver a intervenirla para retirarla, situación que conllevó la apertura de un proceso disciplinario contra la demandante y que culminó con sanción de suspensión de 8 a 10 días. De igual forma, dijo, en junio de 2018, a la paciente TATY CABRA se le dejó alojada una bolsa, en un procedimiento en el que la demandante asistió como instrumentadora, lo que dio lugar a una reunión multidisciplinaria en la que se destacó la falta de adherencia a los procedimientos por parte de la actora y por la cual se había iniciado un proceso disciplinario, pero encontrándose este en curso dicho trámite y puntualmente, al día siguiente de la reunión del comité para exponer la situación, en julio de ese mismo año, se presenta un nuevo hecho con la paciente LAURA SALAZAR a quien se le dejó olvidado un insumo médico -oliva- dentro de su cuerpo, estando ADRIANA ESPITIA en la cirugía como instrumentadora quirúrgica, esto es, encargada de realizar la verificación y conteo de los insumos utilizados para el procedimiento. Refiere, no era competencia de la demandante retirar la compresa que tenía la paciente y no se siguió el procedimiento establecido, además, señaló, tuvo conocimiento que la demandante pidió que no se reportara el evento.

¹⁵ Cd folio 175, récord 1:29:07

RICARDO MORA SÁNCHEZ¹⁶ médico anesthesiólogo y quien estuvo presente en el procedimiento realizado a LAURA SALAZAR, mencionó que ADRIANA ESPITIA fue la instrumentadora que asistió el procedimiento y que el Dr. Ángel Miranda fue el cirujano. Comentó, en la cirugía siguiente es cuando se enteran del instrumental dejado en el cuerpo de la paciente, pero desconoce en realidad qué fue lo que pasó. También indicó, en días anteriores ocurrió un evento similar con la demandante, pues se quedó alojada una bolsa dentro de una paciente, en un procedimiento en el que fungió como instrumentadora. Dijo, si bien no se produjo un riesgo inmediato, el hecho si le hubiera podido traer consecuencias a la paciente. Relató, conversó con la actora quien le solicitó que no dijera nada, estaba asustada porque decía que la iban a despedir.

A su turno, ANGEL DAVID MIRANDA CRUZ¹⁷ cirujano especialista y quien realizó el procedimiento de LAURA SALAZAR dijo que la demandante hizo el recuento e informó de la totalidad del instrumental por lo que terminó la cirugía. Indicó que supo del elemento que quedó olvidado en la paciente pero con posterioridad a lo ocurrido pues en su momento, la demandante no lo buscó para informarle la situación, que fue lo que debió ocurrir.

Por último, la testigo LIGIA YASMINA CASTELLANOS¹⁸, jefe del departamento de recursos humanos, explicó el trámite adelantado previo al despido de la demandante, en el que se le explicaron las razones por las cuales se hacía la citación y relató, en idénticos términos a los indicados por ADRIANA PATRICIA BOTERO, los diferentes sucesos en los que se ha visto implicada la demandante por el presunto incumplimiento de los procedimientos y de sus funciones como instrumentadoras, en los cuales, en tres oportunidades, se han dejado alojados en los pacientes insumos médicos.

Los testimonios antes indicados son consistentes en señalar la participación de la demandante en la cirugía realizada a LAURA SALAZAR, destacando que su función era realizar el conteo del instrumental que ingresaba y salía de la Sala, por ende, que el olvido de la oliva dentro de la cavidad vaginal de la paciente, era responsabilidad de esta, quien debió informar al cirujano, antes de abandonar la

¹⁶ Cd folio 175, récord 2:24:53

¹⁷ Cd folio 192, récord 5:16.

Sala, que faltaba instrumental pero no lo hizo. De los anteriores relatos también se destaca el afán de la actora por evitar el reporte del incidente, aun cuando era su deber de acuerdo con el procedimiento “*manejo para el recuento compresas, agujas y material medico quirúrgico*” citado en precedencia.

Así las cosas, en consonancia con la prueba analizada, a juicio de esta Sala los hechos atribuidos al demandante como causal de terminación del contrato de trabajo se encuentran acreditados, pues lo que acaeció en el *sub lite*, de olvidar parte de un instrumental quirúrgico dentro de una paciente, es una violación a las obligaciones del trabajador que constan en el reglamento interno, puntualmente, el numeral 5 del artículo 45 que establece “*observar y cumplir con suma diligencia y cuidado las órdenes e instrucciones sobre el manejo de instrumentos y equipos a fin de evitar accidentes, daños y pérdida de cualquier índole para la empresa*”; así mismo, constituye una contravención a los numerales 23 y 35 de ese mismo articulado en el que se impone el deber de “*reportar al jefe inmediato superior, cualquier error, daño, falla o accidente que ocurra en los equipos, procesos, instalaciones, materiales o personas*” y “*35. Cumplir con los instructivos o protocolos emitidos por cada Jefatura de Servicio*”, advirtiendo en el literal c) del artículo 51 del RIT, se estipuló que la violación de las obligaciones o prohibiciones legales, contractuales o reglamentarias constituye falta grave.

Así, en los términos del numeral 6 del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, constituye una justa causa para despedir, si se tiene en cuenta, además, es a través del reglamento interno de trabajo que se califica dicha conducta como grave.

En este punto, debe decirse, el juez laboral está eximido de calificar nuevamente la gravedad de la falta cometida por el trabajador, pues ya se ha establecido tal carácter en el reglamento interno de trabajo, debiendo simplemente determinarse si los hechos realmente configuran la falta grave atribuida¹⁹, tal y como acaeció en

¹⁸ Cd folio 192, récord 39:35

¹⁹ Al tema puede consultarse la Sala de Casación Laboral en Sentencia de radicado 4005 de 31 de enero de 1991 “... la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican en ellos de grave, constituye justa causa para fenecer el contrato; no puede, entonces, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los mencionados artículos 58 y 60 del Código sustantivo del trabajo (...) lo importante es que el asalariado incurrió en una de las faltas calificadas de graves por el contrato de trabajo,

autos. Así mismo, valga advertir, es indiferente para la configuración de la justa causa, el que con la comisión de la conducta se haya o no producido un perjuicio o daño al empleador, pues basta con que esta se encuentre calificada por las partes como grave, como aquí aconteció. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 38855 del 28 de agosto de 2012, expuso:

*“Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. **Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal.**”*

Es importante agregar, la grave negligencia no se encuentra condicionada al “*animus nocendi*” (intención de causar daño) del trabajador, por lo que cumplidos los presupuestos de gravedad objetiva de la violación legal o previa calificación de la misma, puede sobrevenir lícitamente la extinción del nexo jurídico-laboral a causa de negligencia o descuido culposo y no necesariamente por dolo del infractor²⁰.

En suma, las razones expuestas permiten concluir que el despido del que fue objeto el demandante se dio con justa causa, y en ese orden, tampoco hay lugar a reconocer el pago de la indemnización por despido sin justa causa que se rogó de manera subsidiaria, de lo que sigue la confirmación de la sentencia proferida en primera instancia, en este puntual aspecto.

SIN COSTAS en esta instancia.

sin importar si ella produjo daño o beneficio para la entidad patronal. La función judicial ha debido limitarse a establecer si los hechos demostrados constituían la causal alegada o no la configuraban, pero no le competía calificar de leve la falta cometida por el trabajador, cuando la misma estaba consagrada como de carácter grave por las partes en el referido contrato (...)

²⁰ Sobre el tema pueden consultarse las sentencias CSJ SL 14 ago. 2012, rad. 39518, reiterada en sentencia SL2089 de 2020.

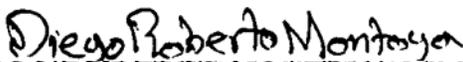
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

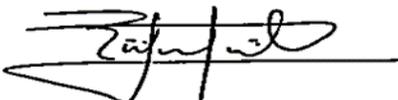
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas por esta Corporación.

SEGUNDO: 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 COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A. CONTRA SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A. -ARL SURA- (RAD. 05 2018 00378 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes, 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 la parte demandante y demandada contra la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de diciembre del 2019 (Audiencia virtual, record: 44:16, acta a folios 593 y 594), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A., hoy SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., a pagar a COLMENA SEGUROS S.A., las siguientes sumas por concepto de reembolso de lo pagado por indemnizaciones por incapacidad permanente parcial:

- 1. \$4.211.626, por concepto de reembolso por la indemnización cancelada a GLORIA BARRETO CASTAÑEDA. Esta suma deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de julio de 2017 y como IPC final el del mes anterior al que se efectúe el pago.*
- 2. \$2.650.269, por concepto de reembolso por la indemnización cancelada a JOSÉ DAVID CORREA. Esta suma deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de julio de 2017 y como IPC final el del mes anterior al que se efectúe el pago.*

3. \$4.234.180, por concepto de reembolso por la indemnización cancelada a JORGE ANDRÉS RESTREPO ALZATE. Esta suma deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de junio de 2017 y como IPC final el del mes anterior al que se efectúe el pago.
4. \$5.506.508, por concepto de reembolso por la indemnización cancelada a EDWIN ALBERTO PATIÑO TANGARIFE. Esta suma deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de junio de 2017 y como IPC final el del mes anterior al que se efectúe el pago.
5. \$625.749, por concepto de reembolso por la indemnización cancelada a LUZ MARINA ARISMENDI BONILLA. Esta suma deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de abril de 2017 y como IPC final el del mes anterior al que se efectúe el pago.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la demandada. Inclúyase en la liquidación de costas, la suma de \$1.200.000, valor en que se estiman las agencias en derecho a cargo de la parte demandada.

TERCERO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la pretensión de reembolsar el 100% de las indemnizaciones pagadas y de las pretensiones formuladas respecto del afiliado Jorge Orlando Cañón Cuenca y DECLARAR PROBADA la excepción de cobro de lo no debido respecto de los intereses moratorios.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.”

Inconformes con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recursos de apelación, la parte actora manifestó que se debió condenar al reembolso del 100% de las indemnizaciones reconocidas en razón a que fue en virtud de la exposición al riesgo que tuvieron con la demandada que se adquirieron cada una de las patologías, advirtiéndose de la documental allegada que las mismas son predecesoras no sobrevivientes a la afiliación a COLMENA; que en lo que respecta a la absolución de lo reclamado por los pagos efectuados al señor JORGE ORLANDO CAÑÓN CUENCA, se debió a condenar al pago del 100% de lo reclamado o en su defecto debió ser proporcional al tiempo de exposición entre los años 2013 y 2016 con SURA, ello en razón a que el a quo no tuvo en cuenta que después del pago de la indemnización por pérdida permanente parcial de su capacidad laboral efectuado por la demandada en 2013, éste continuó afiliado hasta el 2016 a dicha aseguradora, época para la cual su problema empeoró, por lo que la nueva calificación efectuada por COLMENA presentó diferencias con la realizada inicialmente.

Finalmente, respecto del cobro de los intereses moratorios indicó que los mismos debieron ser reconocidos conforme lo dispone la Ley 100 de 1993. (Audiencia virtual record: 46:49)¹

Por su parte la apoderada de la demandada manifestó que su representada no participó en ninguno de los dictámenes realizados por COLMENA, por lo que no tuvo oportunidad de controvertirlos ni de ejercer su derecho de defensa, además de ello que los valores cancelados por COLMENA tuvieron en cuenta los IBC que tenían con dicha entidad y que son muy superiores a los IBC que tenían con SURA, solicitando se tenga en cuenta que su representado brindó todas las prestaciones médico asistenciales que requerían los afiliados, al punto que se encontraban casi recuperados al momento de trasladarse a la ARL demandante, no existiendo para SURA el riesgo creado, por lo que solicita se absuelva o de confirmarse se revisen los valores a los que fueron condenados, teniendo en

¹ “Gracias señor juez, en este estado de la diligencia, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir, la cual paso a sustentar con las siguientes consideraciones.

Lo primero señor juez, es que debía haberse proferido una sentencia condenatoria por el 100 % de los reembolsos o por el 100% de las indemnizaciones reconocidas por mi representada a cada uno de los afiliados, toda vez que fue en virtud de la exposición al riesgo que tuvieron con SURAMERICANA S.A que adquirieron cada una de las patologías y, cuando los afiliados ingresaron a estar vinculados con mi representada, pues ya, usted puede revisar en los documentos y el tribunal puede observar con el expediente, que las patologías eran predecesores, es decir, no era sobreviniente sino que ya venían adquiridas desde el mismo momento en que estuvieron vinculadas cada uno de los afiliados estuvo con vinculado SURAMERICANA S.A.

Por otra parte, señor juez, respecto del señor Jorge Orlando Cuenca, pues debo manifestar que me opongo a la decisión del juzgado de haber absuelto a la demandada bajo la consideración relacionada con que durante la vinculación que él tuvo con la demandada, había recibido una indemnización por pérdida permanente parcial de su capacidad laboral. Claramente, y esto queda demostrado porque los documentos lo reafirman, no es mérito para haber absuelto a la demandada, ya que el pago y la calificación que hizo la ARL SURA respecto a su indemnización fue con corte al año 2013, no obstante, el señor Jorge Cuesta siguió vinculado con la ARL SURA y, con posterioridad, en el año 2016, cuando se vincula con mi representada, durante la etapa, inclusive, del 2013 al 2016, continuó empeorando su pérdida de capacidad laboral, lo cual generó que mi representada hiciera una nueva calificación y determinara un porcentaje diferente, porcentaje que inclusive, ese valor de la diferencia del porcentaje que había calificado SURA en su momento con el valor que calificó mi representada, pues ha debido reconocerse, sin gracias de discusión fuera y no al 100%, debió haber sido de manera proporcional también al tiempo de exposición entre el 2013 y el año 2016, periodo donde el continuó estando vinculado con la ARL SURA.

Por esta razón, le solicito a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que revoque esa parte específicamente y por último, señor juez, interpongo recurso de apelación por la absolución de los intereses moratorios toda vez que la entidad demandada debe reconocer el valor correspondiente a los intereses de mora relacionados con el pago que mi representada le hizo a cada uno de los afiliados, pues to que así inclusive, lo establece la ley 100 de 1993 y, en ese orden de ideas, solicito nuevamente a la Sala Laboral del Tribunal Superior la revocatoria respecto a este punto. De esta forma dejo presentado y sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias.

cuenta el IBC que tenía cada afiliado durante la afiliación con SURA. (Audiencia virtual, record: 50:37)²

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 del extremo demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 5 a 6 del escrito de demanda, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 1 a 5, solicitando, se declare la existencia de una obligación a pagar la suma de \$54.939.248 por concepto de reembolso de valores cancelados por Indemnización por Incapacidad Permanente Parcial a los señores Gloria Barreto Castañeda, José David Correa, Jorge Andrés Restrepo Alzate, Edwin Alberto Patiño Tanjarife, Jorge Orlando Cañón Cuenca y Luz Marina Arizmendi Bonilla, así como los intereses moratorios a la máxima tasa legal a partir del pago, costas y agencias en derecho o subsidiariamente al pago de las sumas de dinero que correspondan según el tiempo de exposición al riesgo durante la afiliación a la demandada y la indexación de tales valores. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus peticiones, tras considerarse que conforme el artículo 1° de la Ley 776 de 2002, la demandada debe asumir un porcentaje de las indemnizaciones pagadas por COLMENA**

² “Sí señor, de la manera más atenta me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia dictada en la presenta vista pública en razón a las siguientes consideraciones.

Con todo el respeto que las decisiones del señor juez me merecen, me permito manifestarle que no nos encontramos de acuerdo por cuanto, si bien es cierto, el señor juez hizo un exhaustivo análisis de los dictámenes que se encuentran dentro del plenario, también habrá de verificarse que en ninguno de ellos mi representada participó, por lo tanto, no tuvo derecho a la defensa y la contradicción de los argumentos esbozados en el mismo por COLMENA y, téngase en cuenta que el único dictamen que fue emitido por una entidad como la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el resto fueron emitidos por COLMENA, dictámenes que fueron controvertidos por ninguna de las partes, además de ello señor juez, en caso de que la condena se mantenga, solicito se verifique el valor de la misma, por cuanto el valor cancelado por COLMENA a cada uno de sus afiliados es incorrecto por cuanto del IBC, no se tuvo en cuenta el valor con el cual estuvieron afiliados en vigencia a la ARL SURA, sino en vigencia de la ARL COLMENA, un valor pues que se nota que es muy superior al que tuvieron en vigencia de la ARL que represento.

Aunado a ello señor juez, solicito muy respetuosamente se tenga en cuenta todas y cada una de las documentales que se arrimaron al proceso por mi representada, por cuanto en ellos se verifica que en todo momento mi ARL respetó el derecho médico de cada uno de los afiliados brindándole todas las prestaciones médico asistenciales que requerían y por ello en algunos y en muchos casos, estuvieron casi recuperados antes de trasladarse a la ARL COLMENA, no existiendo para nosotros, un riesgo creado y por ello solicito muy respetuosamente a la Honorable Sala se estudie la absolución para mi representada o, en caso de una confirmación de la sentencia, se evalúe el valor condenado en cada uno de los procesos. Gracias señor juez”.

ARL, en proporción al tiempo de exposición al riesgo mientras estuvo vigente la afiliación de los señores BARRETO CASTAÑEDA, CORREA, RESTREPO ALZATE, PATIÑO TANJARIFE y ARIZMENDI BONILLA a ARL SURA, entendiéndose el concepto exposición al riesgo como aquel en que es cubierto objetivamente a partir de la misma afiliación a la administradora de riesgos laborales y no desde el primer diagnóstico de la enfermedad, se ordenó la indexación de las sumas y se absolvió respecto de las pretensiones relativas al afiliado Jorge Orlando Cañón Cuenca al ya haber reconocido la ARL SURA una suma por concepto de indemnización y también por intereses moratorios al no estarse en presencia de una reclamación de un derecho pensional.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto, 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*).

En ese orden de ideas, con el fin de resolver las inconformidades planteadas por las partes, se abordará en primer lugar el recurso propuesto por la demandada SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., que busca la revocatoria total de la decisión, argumentando en primer lugar que no tuvo la oportunidad de controvertir los dictámenes de pérdida de capacidad laboral que originaron los pagos pretendidos por COLMENA SEGUROS S.A., razón por la cual se determinará si los dictámenes que originaron el pago de las indemnizaciones por pérdida de capacidad laboral reclamados debieron ser comunicados o notificados a SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., para que sea procedente el recobro objeto de la decisión atacada.

Así las cosas, valga indicar que, conforme lo dispone el artículo 142 del Decreto -Ley 019 de 2012 *"Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los 10 días siguientes y la*

entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los 5 días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de 5 días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales”, es decir, a partir de la expedición de la norma transcrita, las entidades que integran el sistema de seguridad social pueden en primera instancia realizar calificación de la pérdida de capacidad laboral de sus afiliados.

Ahora bien, en lo que respecta a las personas interesadas en el dictamen, el artículo 2° del Decreto 1352 de 2013, enumeró como tales a:

- “1. La persona objeto de dictamen o sus beneficiarios en caso de muerte.
2. La Entidad Promotora de Salud.
3. La Administradora de Riesgos Laborales.
4. La Administradora del Fondo de Pensiones o Administradora de Régimen de Prima Media.
5. El Empleador.
6. La Compañía de Seguro que asuma el riesgo de invalidez, sobrevivencia y muerte”.

Y dispuso su obligatoria notificación o como mínimo su comunicación, sin que entienda esta Sala de decisión que de dicha norma se establezca la exigencia, que todas y cada una de las entidades con las que previamente hubiera estado afiliado la persona calificada, deban ser notificadas o comunicadas, esto es, incluir la totalidad de ARL, EPS o AFP compañías de seguros, pues lo que interesa a la norma, es que sean llamadas aquellas que puedan verse obligadas a algún tipo de reconocimiento prestacional al afiliado, aclarándose dentro del presente proceso lo que se busca es el recobro entre ARL y no el pago a los afiliados de la prestación económica, por ende para tal recobro no era procedente conocer el dictamen como lo asegura la apelante.

Aunado a lo anterior, no existe dentro del plenario prueba de que la demandada SEGUROS DE VIDA SURA hubiere presentado recursos contra los dictámenes proferidos por la ARL Colmena o por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que fueron allegadas por la parte actora, no siendo de recibo para esta Sala el anterior argumento para revocar la decisión.

Por otro lado, como argumento adicional para obtener la revocatoria de la decisión, manifestó la apoderada de SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. que al momento de trasladarse los señores Gloria Barreto Castañeda, José

David Correa, Jorge Andrés Restrepo Alzate, Edwin Alberto Patiño Tanjarife y Luz Marina Arizmendi Bonilla a COLMENA SEGUROS DE VIDA S.A. se les habían brindado todas las prestaciones médico asistenciales que requerían, al punto que se encontraban casi recuperados, no existiendo para SURA el riesgo creado.

Sobre este punto, valga indicar “que el sistema general de riesgos laborales encuentre su fundamento pleno en un modelo de seguro significa que el empleador traslada a un tercero el riesgo de afectación a la salud de sus trabajadores, por causa o con ocasión del desempeño de actividades laborales. Este riesgo creado por el empleador es asumido por una compañía de seguros, que es la Administradora de Riesgos Laborales, cuya función esencial es la de administrar este riesgo a cambio de una prima o cotización, que varía de conformidad con el nivel de exposición al riesgo y la actividad laboral. Se trata pues de un modelo puro de aseguramiento, por cuanto este tipo de compañías están habilitadas de manera específica para desempeñarse en este ramo especial, todo bajo estrictos protocolos legales, contables y financieros que obligan y garantizan una adecuada acumulación de reservas que permitan responder por los siniestros acaecidos”³.

Así las cosas, el hecho de brindar prestaciones asistenciales no desvirtúa la existencia del riesgo creado, pues el mismo surge del simple hecho del desempeño de las actividades laborales por parte del trabajador, y si en gracia de discusión se entendiera que el hecho de brindar este tipo de prestaciones y la presunta recuperación lograda a través de estas eliminara el riesgo creado lo cierto es que en el presente asunto, si bien en la contestación se mencionan algunas prestaciones asistenciales y económicas brindadas a Gloria Barreto Castañeda, Edwin Patiño y Jorge Andrés Restrepo, de ello no se desprende la recuperación que alega la recurrente y por la que pretende se revoque la decisión, indicando en todo caso que para el efecto, conforme lo dispone el artículo 167 del C.G.P., le correspondía a SURA probar el supuesto de hecho alegado.

³ Ponce Bravo, Germán Ernesto, La responsabilidad plena de perjuicios y el sistema general de riesgos laborales. Precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia 2019, 50 Rev. Ibero-Latinoam.Seguros, 177-205 (2019). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris50.rpps>.

Finalmente, respecto del argumento subsidiario de reformar el valor de las condenas, por cuanto la suma cancelada por COLMENA a cada uno de los afiliados es incorrecto por haber tomado al momento de la indemnización la base del IBC que tenían dichos trabajadores en vigencia de la afiliación a esa ARL y no a la ARL SURA, se tiene que conforme lo dispone el artículo 5° de la Ley 1562 de 2012⁴ el ingreso base para liquidar las prestaciones económicas para enfermedad laboral es el promedio del último año, o fracción de año, del Ingreso Base de Cotización (IBC) anterior a la fecha en que se calificó en primera oportunidad el origen de la enfermedad laboral.

No obstante lo anterior, se ha de indicar para el caso de autos es el porcentaje de pérdida de capacidad laboral el que determina la obligación de pagar una cantidad de dinero por concepto de Indemnización por incapacidad permanente parcial y por ende la fecha en que se señala cuál es ese porcentaje de P.C.L. es la que se debe tomar para efectos de la liquidación de tal prestación económica, lo cual no puede retrotraerse a la fecha en que fue calificado el origen de la enfermedad, toda vez que el origen no siempre determina la existencia de una pérdida de capacidad laboral, pues es con el pasar del tiempo que se puede generar la misma, por ende la obligación de pagar **la Indemnización por incapacidad permanente parcial –aquí recobrada–** surge justamente es por la existencia de una pérdida de capacidad la cual para el caso de autos se determinó con los dictámenes que se realizaron en vigencia de la afiliación con COLMENA –vigencia no discutida en esta instancia-⁵ y no como lo afirma la recurrente el de la data en el que estuvo afiliado cada trabajador a la ARL

⁴ **ARTÍCULO 5o. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.** Se entiende por ingreso base para liquidar las prestaciones económicas lo siguiente:

(...)

b) Para enfermedad laboral

El promedio del último año, o fracción de año, del Ingreso Base de Cotización (IBC) anterior a la fecha en que se calificó en primera oportunidad el origen de la enfermedad laboral.

En caso de que la calificación en primera oportunidad se realice cuando el trabajador se encuentre desvinculado de la empresa se tomará el promedio del último año, o fracción de año si el tiempo laborado fuese inferior, del Ingreso Base de Cotización (IBC) declarada e inscrita en la última Entidad Administradora de Riesgos Laborales a la que se encontraba afiliado previo a dicha calificación.

⁵ GLORIA BARRETO: Fecha dictamen 23 de mayo del 2017 (fl. 53), JOSE DAVID CORREA: Fecha dictamen 29 de marzo del 2017 (fl. 245), JORGE ANDRES RESTREPO: Fecha dictamen 17 de febrero del 2017 (fl. 261), EDWIN PATIÑO: Fecha dictamen 11 de abril del 2017 (fl. 120), JORGE ORLANDO CAÑON: Fecha dictamen 31 de marzo del 2017 (fl. 141) y LUZ MARINA ARISMENDI: Fecha dictamen 31 de marzo del 2017 (fl. 164).

SURA, razones por las cuales no hay lugar a revisar el valor de las indemnizaciones de incapacidad canceladas por la ARL COLMENA en aras de modificar la condena aquí impartida.

Nótese que conforme lo establece el artículo 5 de la Ley 776 del 2002 *“Se considera como incapacitado permanente parcial, al afiliado que, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, presenta una disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento 5%, pero inferior al cincuenta por ciento 50% de su capacidad laboral”* la cual se presenta *“cuando el afiliado (...) como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, sufre una disminución parcial, pero definitiva en alguna o algunas de sus facultades para realizar su trabajo habitual”*⁶.

Dilucidado lo anterior, se procede entonces a estudiar el recurso propuesto por la demandante COLMENA SEGUROS S.A. quien manifiesta se debe condenar por el 100% del valor del recobro y no a prorrata.

Para resolver dicha inconformidad, lo primero que ha de indicarse conforme lo señala Ley 776 del 2002 art. 1, todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas, reguladas en el Decreto 1295 de 1994 (art. 5), entre las cuales se encuentra la Indemnización por incapacidad permanente parcial objeto aquí de recobro.

La normatividad recién citada, contempla que los trabajadores que fueron diagnosticados con una enfermedad laboral tienen derecho a las prestaciones asistenciales y económicas contempladas en la ley, las cuales serán cubiertas

⁶ **ARTÍCULO 5o. INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL.** Se considera como incapacitado permanente parcial, al afiliado que, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, presenta una disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento 5%, pero inferior al cincuenta por ciento 50% de su capacidad laboral, para lo cual ha sido contratado o capacitado.

La incapacidad permanente parcial se presenta cuando el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, sufre una disminución parcial, pero definitiva en alguna o algunas de sus facultades para realizar su trabajo habitual, en los porcentajes establecidos en el inciso anterior.

por la ARL a la que éstos se encuentren afiliados, al momento en que los mismos requieran dichas prestaciones, en ese orden para efectos de determinar las contingencias sufridas por el trabajador, se establecieron dos trámites de calificación, el primero que tiene como finalidad establecer el origen de la enfermedad que afecta al trabajador y el segundo para evaluar el grado de afectación o disminución de la capacidad laboral del afiliado.

En ese orden, en el dictamen se establecen las causas y el tiempo de exposición a los riesgos que dieron lugar a la configuración del estado desfavorable del trabajador, para que una vez se haya determinado el origen, se trámite la pérdida de capacidad laboral y/o el grado de afectación ocupacional del empleado y de esta manera el mismo pueda acceder a las prestaciones asistenciales y económicas que contempla el Sistema General de Riesgos Laborales a su favor.

De lo anterior se puede concluir entonces que entre el trámite de calificación de origen y el momento de requerir las prestaciones asistenciales existe un período de tiempo en el cual pueden variar las situaciones laborales de la persona, que determinen el traslado de sus riesgos a otra administradora de riesgos laborales, por ello puede suceder que todo el tiempo de exposición al riesgo y el dictamen de calificación de origen se surtan mientras el trabajador se encontró afiliado a una administradora de riesgos y que, al momento de requerirse las prestaciones, éste se encontrare asegurado por una administradora diferente, o que el tiempo de exposición al riesgo se haya presentado tanto en la primera administradora de riesgos, como en la segunda, pero las prestaciones fueran solicitados durante la afiliación con esta última.

No obstante y para ambos casos, en lo que tiene que ver con el tema del reembolso por el pago de dicha prestación económica el Decreto 1771 de 1991 dispuso en su artículo 5, lo siguiente:

“ARTÍCULO 5. REEMBOLSOS ENTRE ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE RIESGOS PROFESIONALES. Las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional, serán pagadas en su totalidad por la entidad administradora de riesgos profesionales a la cual esté afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación asistencial, o de adquirir el derecho a la prestación económica.

*La entidad administradora de riesgos profesionales que atienda **las prestaciones económicas** derivadas de la enfermedad profesional, **podrá repetir** por ellas,*

contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, y de ser posible, en la función de la causa de la enfermedad.

*La entidad administradora de riesgos profesionales que asuma **las prestaciones económicas**, podrá solicitar los reembolsos a que haya lugar dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal, se pague la indemnización por incapacidad permanente, o se reconozca definitivamente la pensión de invalidez o de sobrevivientes (negrilla y subraya fuera del texto).*

Igualmente el inciso 2° del párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002⁷ contempló que la administradora que asuma el pago de las prestaciones, podrá repetir contra aquella otra entidad a la que el trabajador hubiese estado afiliado con anterioridad, **siempre de forma proporcional al tiempo de exposición a los riesgos**, ello en aras a que al empleado y afiliado al sistema de riesgos laborales no se le obstaculice el acceso a las prestaciones que le asisten por trámites interadministrativos, pero en ningún caso pretendió desligar a las administradoras de su obligación de cubrir y asumir los riesgos de quienes fueron sus afiliados, por los que recibieron además como contraprestación el pago de una cotización.

Así entonces, como ya se indicó puede suceder, que el trabajador estuviera expuesto a un riesgo, que derivó en una enfermedad laboral y que se le calificara el origen, mientras se encontraba afiliado en una ARL, y que el dictamen de pérdida de capacidad laboral y la reclamación de las prestaciones asistenciales y económicas que se derivan de su estado, hayan sido promovidas mientras el empleado se encontrara afiliado en otra administradora diferente, caso en la cual es la misma ley la que faculta a la última ARL para recobrar a la primera.

⁷ **ARTÍCULO 1o. DERECHO A LAS PRESTACIONES.**

(...)

PARÁGRAFO 2o. Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.

Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.

En tal sentido, se expidió el Decreto Reglamentario 1072 de 2015, que en su artículo 2.2.4.4.5, recopiló lo ya consagrado por el Decreto 1771 de 1994, en lo relativo a la forma en que debe establecerse la prorrata para este tipo de figura, señalando de forma textual que *“La entidad administradora de riesgos laborales que atienda las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad laboral, podrá repetir por ellas, contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección”*, en otras palabras, por el tiempo que la persona se encontró afiliados con ellos.

En esa medida y teniendo claro que el reembolso procede a prorrata por el tiempo durante el cual cada ARL otorgó protección a cada afiliado, no pueden ser atendidos los argumentos de COLMENA SEGUROS S.A., dirigidos a establecer un reembolso del 100%, encontrándose ajustada entonces la decisión del *a quo* al condenar al valor del recobro de forma proporcional.

Ahora en cuanto a la inconformidad presentada respecto de la absolución del recobro por el afiliado JORGE ORLANDO CAÑON CUENCA, se tiene que este tuvo dos dictámenes de pérdida de capacidad laboral, efectuados tanto por la ARL SURA como por la ARL COLMENA, así:

1. Dictamen de Suramericana, efectuado el 1° de marzo del 2013 (fls. 144 y 145), allí le diagnosticaron “SINDROME DEL TUNEL DEL CARPO BILATERAL” con fecha de estructuración 10 de septiembre del 2012 y una P.C.L. del 12.03% (fls. 144 y 145).
2. Dictamen de Colmena, efectuado el 31 de marzo del 2017, mediante el cual se realizó la revisión de la calificación de la pérdida de capacidad laboral estableciendo un porcentaje del 21,47% por las patologías de: “1. SINDROME DEL TUNEL CARPIANO, 2. EPICONDILITIS MIXTA DERECHA – TENDINITIS DE FLEXO EXTENSORES DE ANTEBRAZO Y CARPO BILATERAL y 3. HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL”, señalando como fecha de estructuración 29 de junio del 2012”, conforme se acredita con las documentales de folios 141 y 147 del expediente pues no se aportó el dictamen. En la cual también se indica que *“el porcentaje de pérdida de capacidad laboral es superior en 9.44%*

con respecto al 12.03, el cual fue indemnizado por SURA administradora de riesgos laborales en el año 2013” (fl. 141).

Obra igualmente a folio 143 comunicación enviada por ARL SURA al señor CAÑÓN CUENCA el 22 de marzo del 2013, en la cual le manifiestan el pago de la suma de \$8.406.336 por concepto de INDEMNIZACIÓN PERMANENTE PARCIAL así:

“Nos permitimos informarle que a causa de la Enfermedad Laboral diagnosticada a usted el 8 de agosto del 2011, la cual fue evaluada por parte de MEDICINA LABORAL ARL, se determinó que usted presenta una Incapacidad Permanente Parcial.

(...)

En este sentido, usted tiene derecho a una indemnización de 5.52 Ingresos base de liquidación promedio de los doce meses anteriores a la fecha inicial de calificación de origen de profesionalidad: \$1.552.887) de acuerdo con el Decreto 2644 de 1994, este pago le será entregado en la oficina de Suramericana (...) o será consignado en la cuenta informada por usted, por un valor de OCHO MILLONES CUATROCIENTOS SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$8.406.336) (...)”

Así mismo, obra a folio 160 vto misiva de COLMENA con fecha 28 de julio del 2017 a través de la cual tal afiliado indica: *“Manifiesto expresamente que el valor anterior \$7.794.342 lo recibo en la fecha, a título de indemnización de incapacidad permanente parcial, y a entera satisfacción, y declaro que me encuentro conforme con la misma, y a paz y salvo con Colmena Seguros por este concepto”.*

De esta manera se tiene entonces que la suma cancelada por la entidad aquí demandante COLMENA lo fue en virtud de una recalificación efectuada a su afiliado, situación que se encuentra regulada en el artículo 7 de la Ley 776 del año 2002 donde se señala:

“En aquellas patologías que sean de carácter progresivo, se podrá volver a calificar y modificar el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral. En estos casos, la Administradora sólo estará obligada a reconocer el mayor valor resultante de restarle al monto de la nueva indemnización el valor previamente reconocido actualizado por IPC, desde el momento del pago hasta la fecha en la que se efectúe el nuevo pago.”

Así pues frente a este afiliado se tienen como presupuestos los siguientes:

- Inicio de labores en el cargo de formador de accesorios: 5 de febrero de 1991 (fl. 145 vto)
- Afiliación o cobertura ARL SURA del 1° noviembre del 2012 al 31 de mayo del 2015 (fl. 304 rta hecho No. 27)
- Afiliación o cobertura ARL COLMENA del 1° de mayo del 2016 (certificación fl. 70 vto) al 31 de marzo del 2017 (fecha del dictamen)
- Estructuración P.C.L.: 29 de junio del 2012 (fl. 141)
- Fecha Dictamen P.C.L. del 21.47%: 31 de marzo del 2017 (fl. 141)

Ahora bien, para calcular la proporción del tiempo de exposición, basta con tomar el período en que el trabajador estuvo afiliado con cada una de las entidades, el cual debe ser necesariamente anterior a la fecha de emisión del dictamen de P.C.L., pues es ahí en donde se valora que tanto ha estado expuesto el trabajador a determinada enfermedad, ya que solo así se conoce el porcentaje que lo hará acreedor la prestación económica.

Razón por la cual el periodo de exposición al riesgo del señor JORGE ORLANDO CAÑON CUENCA fue de 26 años, 1 mes y 26 días, causado del 5 de febrero de 1991 (inicio de labores) al 31 de marzo del 2017 (fecha dictamen), de esta forma se procede a calcular el porcentaje de exposición con las ARL con la que tuvo cobertura dicho afiliado así:

EXPOSICION AL RIESGO					
Fecha Inicio	Fecha Final	Cobertura		No. Días	%
05/02/1991	31/01/1996	No prueba		1796	20,00%
01/02/1996	31/03/2001	Colmena	fl. 70	1860	21%
01/04/2001	31/10/2011	No prueba		3810	42%
01/11/2012	31/05/2015	Sura	fl. 304	930	10,26%
01/06/2015	30/04/2016	No prueba		330	3,64%
01/05/2016	31/03/2017	Colmena	fl. 70 vto	330	3,64%
Subtotales				9056	100%

Conforme a lo anterior, se puede evidenciar que dicho trabajador tuvo una afiliación con la aquí demandante COLMENA del 1° de febrero de 1996 al 31 de marzo del 2001 que generó un porcentaje de exposición al riesgo con tal ARL del 21% y con posterioridad volvió a tener cobertura con la misma aseguradora del 1° de mayo del 2016 al 31 de marzo del 2017 (fecha dictamen) que generó

un porcentaje del 3.64, advirtiéndose únicamente se acepta como vinculación con SURA del 1° de noviembre del 2012 al 31 de mayo del 2015 (fl. 304) para un porcentaje de cobertura del 10.26%, con lo cual se entiende que el tiempo de afiliación con COLMENA (1860+930 días=2790 días) fue mucho mayor al periodo de afiliación con SURA (930 días), resultando claro que dicho afiliado tuvo mayor exposición al riesgo mientras estuvo afiliado a COLMENA que durante el periodo que estuvo en SURA, precisándose en su momento fue SURA quien asumió el pago inicial de esa indemnización permanente parcial y en esa medida la eventual proporción o responsabilidad en el pago de la prestación económica cancelada en el año 2017 en virtud del 21.47% de la P.C.L. por efectos de la recalificación, se encuentra satisfecha.

En lo que tiene que ver con la solicitud del pago de los intereses moratorios, relacionados con el reembolso entre ARL de las prestaciones asistenciales derivadas de una enfermedad laboral, se ha de indicar que la normatividad vigente no establece un procedimiento específico para tal efecto y si bien en el Decreto 1072 de 2015 Artículo 2.2.4.4.5.⁸ se indica que los reembolsos se pueden solicitar dentro del mes siguiente a la fecha en que se pague la indemnización por incapacidad permanente, nada se dice sobre el término que se tiene para reconocer tal recobro y de entenderse que es a partir de la presentación del recobro que se genera la mora, a juicio de esta Sala no es posible imponer tal condena, como quiera que no existe prueba tendiente a demostrar que se hubiere efectuado requerimiento a la sociedad demandada, pues las solicitudes que obran en el plenario son certificaciones de afiliación, más no de forma alguna, requerimientos de pago.

⁸ **Artículo 2.2.4.4.5. Reembolsos entre entidades administradoras de riesgos laborales.** Las prestaciones derivadas de la enfermedad laboral serán pagadas en su totalidad por la entidad administradora de riesgos laborales a la cual esté afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación.

La entidad administradora de riesgos laborales que atienda las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad laboral, podrá repetir por ellas, contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, y de ser posible, en función de la causa de la enfermedad.

La entidad administradora de riesgos laborales que asuma las prestaciones económicas, podrá solicitar los reembolsos a que haya lugar dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal, se pague la indemnización por incapacidad permanente, o se reconozca definitivamente la presión de invalidez o de sobrevivientes.

De esta manera, agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentemente expuestas, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia recurrida por ambas partes.

SIN COSTAS en esta instancia.

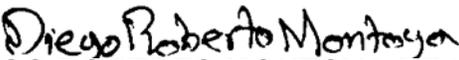
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el JUZGADO 5° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., por las razones aquí expuestas.

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

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.**

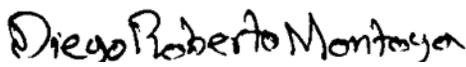
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARLOS ALFONSO VILLANUEVA GUERRERO actuando en calidad de curador de su hijo JAIME LEONEL VILLANUEVA GUERRERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 06 2018 00321 01).

Bogotá D.C. treinta (30) de Noviembre 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 GIRLADO, como representante legal de la sociedad MEJIA ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S. (folio 91).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Colpensiones (fl. 90), 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 el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el

pasado 2 de septiembre de 2020 (CD a folio 85, record 18:58 y acta a folio 84, en la que se resolvió:

*“**ABSOLVER** al accionado Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- de las pretensiones de la demanda de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.*

***CONDENAR** en costas a cargo de la parte actora vencida en el proceso, se fija la suma de 150 000 pesos por concepto de agencias en derecho.”*

Inconforme con la decisión del demandante interpuso recurso de apelación, aduciendo, la decisión tomada es contraria a otros postulados de la Constitución, la ley y los tratados internacionales suscritos por Colombia sobre la protección especial a las personas con discapacidad, considerando los argumentos expuestos para negar el reconocimiento de la pensión de invalidez discriminan al actor por motivo de su discapacidad y vulneran su derecho a la igualdad ya que de aplicarse la tesis del juzgado se estaría admitiendo que las personas con discapacidad desde su nacimiento no tendrían derecho acceder a una prestación económica que les garantice su seguridad social prestación que sí podrían acceder otras personas que si tienen esta condición especial, precisando se encuentra acreditado que la parte actora haber cumplido con la obligación de afiliarse y aportar al sistema cuando la sociedad le brindó la oportunidad a través del fondo de solidaridad de pensiones.

Indica la Corte Constitucional ha considerado que no es racional ni razonable que la administradora de pensiones niegue el reconocimiento de la pensión de invalidez a una persona que sufre una enfermedad congénita, crónica o degenerativa tomando como fecha de estructuración la pérdida de capacidad laboral, el día del nacimiento o uno cercano a este o el momento que se presentó el síntoma o el diagnostico, pues ha ordenado el reconocimiento de pensiones de invalidez pese al incumplimiento objetivo de los requisitos establecidos en la Ley 100 den1993 con miras a hacer real y efectiva la protección especial y reforzada que merecen esas personas con discapacidad para que puedan disfrutar de una pensión que les garantice el mínimo vital para una subsistencia digna, expresando resulta injusto que los fondos de pensiones no tengan en cuenta el

tiempo cotizado después de la fecha de estructuración pero si se benefician de dichos aportes¹. (Cd fl. 85, record:19:26)

¹ “En ese estado me permito interponer el recurso de apelación el cual sustentare en los siguientes términos: Interpongo recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que la decisión se sustenta en la no cotización de las 25 semanas durante los tres años previos a la fecha de estructuración esto es en el año 2017, decisión que es contraria a otros postulados de la Constitución y la ley y los tratados internacionales suscritos por Colombia sobre la protección especial a las personas con discapacidad, además desconociendo una serie de principios constitucionales como lo son : la universalidad, solidaridad, integralidad, prevalencia de legalidad en materia laboral y de seguridad social así como la buena fe, además con este procederé se estarían vulnerando los derechos fundamentales en condición de discapacidad quienes son sujetos de especial protección constitucional al negar el reconocimiento de la única prestación a través de la cual mi representado puede procurarse una existencia digna para sobrellevar los dolores y limitaciones físicas, económicas y sociales que conlleva las enfermedades crónicas, congénitas y degenerativas como la padecida por mi mandante. Las personas con discapacidad tienen derecho a que un estado adopte medidas positivas con el fin de lograr su derecho a la igualdad sea efectivo, pues se ha reconocido que estas personas han sido históricamente discriminadas y han tenido que enfrentar distintas barreras que le han impedido gozar y disfrutar sus derechos en las mismas condiciones que las demás personas. Por ende, herramientas internacionales como la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, además de los artículos 47, 54 y 67 de la Constitución Política exigen al estado medidas inclusivas para este tipo de población.

La pensión de invalidez puede generarse por enfermedades o accidentes de riesgo común o de origen profesional, respecto de las contingencias derivadas de la pérdida de la capacidad laboral por riesgo común el sistema general de pensiones consagro el reconocimiento de una pensión de invalidez para aquellas personas que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 38 y siguientes de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo primero de la ley 860 a saber:

Primero ser una persona inválida es decir sufrir una pérdida de capacidad laboral superior al 50 %. Segundo haber cotizado cincuenta semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

La pérdida de la capacidad laboral se establece por medio de una calificación que realiza las entidades autorizadas por la ley a partir de tal dictamen se determina la condición de la persona indicándose el porcentaje de afectación producida por la enfermedad en términos de deficiencia, discapacidad minusválida de modo que se le asigne un valor a cada uno de estos conceptos lo cual determina un porcentaje global de la pérdida de capacidad laboral , el origen de esta situación y la fecha en la que se estructuro este invalidez. La pensión de invalidez es una manifestación del derecho a la seguridad social está destinada a cubrir las contingencias generadas por las enfermedades o accidentes que inhabilitan al afiliado para el ejercicio de la actividad laboral, en este sentido su fin es garantizar a la persona que se vea disminuida en su capacidad para trabajar un ingreso que le permita asegurar todas sus necesidades básicas como las personas que se encuentran a su cargo.

Los argumentos expuestos por la administradora de fondos de pensiones propuesta en este despacho para negar el reconocimiento de la pensión de invalidez discriminan al actor por motivo de su discapacidad y vulneran su derecho a la igualdad ya que de aplicarse se estaría admitiendo que las personas con discapacidad desde su nacimiento no tendrían derecho acceder a una prestación económica que les garantice su seguridad social prestación que sí podrían acceder otras personas que si tienen esta condición especial.

La problemática descrita en el siguiente caso requiere una solución jurídica diferente la cual está justificada en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado Colombiano respecto de las personas en situación de discapacidad, de realizar ajustes razonables cuando se requiera de un caso particular para garantizar el goce y ejercicio en igualdad de condiciones con los demás de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, ya que de no hacerlo se incurriría en una conducta discriminatoria denominada en la convención de las personas con discapacidad como de negación de ajuste razonables.

Al no cumplir con lo anterior se le estaría negando a mi representado con discapacidad su derecho de pensión de invalidez por razones derivadas de su diversidad funcional, además se encuentra acreditado que la parte actora ha cumplido con la obligación de afiliarse y aportar al sistema cuando la sociedad le brindó la oportunidad de a través del fondo de solidaridad de pensiones.

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 del demandante, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folio 4 las cuales se sustentaron en los hechos narrados a folios 3 y 4, aspirando de manera principal se declare que el señor Jaime Leonel Villanueva tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, en consecuencia, se ordene a Colpensiones liquidar y pagar la prestación pensional, junto con las 36 mesadas atrasadas desde el momento en que se elevó la solicitud de pensión, con la respectiva indexación a la fecha de pago **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones**, por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas, tras considerar que si bien el señor Jaime Villanueva acredita un PCL superior al 50%, teniendo en cuenta la fecha de emisión del dictamen (2017) no acreditó las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a tal data, pues su último aporte lo fue para el año 2011.

De ésta manera, se tiene que no fue motivo de debate dentro del presente asunto, la condición de invalido que ostenta el señor JAIME LEONEL VILLANUEVA GUERRERO, lo cual se corrobora con Dictamen emitido por Colpensiones que obra a folios 11 a 14 del expediente , en el cual se consigna que el grupo Médico Laboral le determinó una pérdida de capacidad laboral del

La Corte Constitucional ha considerado de que no es racional ni razonable que la administradora de pensiones niegue el reconocimiento de la pensión de invalidez a una persona que sufre una enfermedad congénita, crónica o degenerativa tomando como fecha de estructuración la pérdida de capacidad laboral el día del nacimiento o uno cercano a este o en el momento que se presentó el síntoma o el diagnóstico como es el caso, desconociendo en el primer caso que para esta persona era imposible cotizar con anterioridad a su nacimiento. Mi cliente realizó sus aportes a pensión a través del fondo de solidaridad pensional el cual tiene como deber subsidiar los aportes al régimen pensional de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuarla totalidad de los aportes tales como las personas en situación de discapacidad física, psíquica y sensorial dicho subsidio son de naturaleza temporal y parcial de manera que el beneficiario realice un esfuerzo para el pago parcial de cada uno de estos aportes.

Tratándose de personas en situación de discapacidad provenientes del padecimiento de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas la Corte constitucional ha ordenado el reconocimiento de pensiones de invalidez pese al incumplimiento objetivo de los requisitos establecidos en el artículo 30 de la ley 100 con miras a hacer real y efectiva la protección especial y reforzada que merecen estas personas con discapacidad para que puedan disfrutar de una pensión que les garantice el mínimo vital para una subsistencia digna resultando injusto que los fondos de pensiones que no tengan el tiempo cotizado después de la fecha de estructuración al sistema que se beneficie de dichos aportes. En consecuencia, solicito que se me conceda el recurso de apelación para el fallo de primera instancia.”

60%, de origen enfermedad y riesgo común y fecha de estructuración 29 de abril de 1967, es decir, desde su nacimiento (fl. 10), tampoco el hecho de que la enfermedad que padece tiene el carácter de congénita/cerca al nacimiento (ver fl. 14) pues así lo determinó Colpensiones en el dictamen sin que se presentara objeción alguna.

Así las cosas, a efecto de dilucidar la procedencia de los anhelos de la parte actora, bueno resulta traer a colación los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre ellos 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 (25/08/2017 fl. 11), 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 1992², la fecha de estructuración, es cuando el

²“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

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 de cada caso, como lo es el padecimiento de una enfermedad congénita, 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 del señor JAIMEN LEONEL VILLANUEVA GUERRERO 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 adocinado 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

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”

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, se tiene que conforme a 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"*.

Ahora respecto de 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 social³. 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 personal y que derive en un beneficio de cualquier tipo para quien lo ejecuta, como lo es, por ejemplo, el salario⁴.” (Subrayas fuera de texto)

Igualmente, la máxima Corporación de la Jurisdicción ordinaria laboral en sentencia SL 770 del 5 de febrero del 2020, Radicado No.79619, señaló:

“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

³ 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 (...).”

⁴ 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.

durante el tiempo que su condición se lo permitió o que consideró prudente hacerlo.

Así, descendiendo al caso de autos, advierte la Sala que las cotizaciones efectuadas por JAIME LEONEL VILLANUEVA GUERRERO del 1° de octubre de 1996 al 29 de junio del 2011 (ver cuadro de tiempos fls. 23 y 23 vto, 26 y 26 vto y 29), se realizaron en calidad de trabajador independiente, precisándose el propio actor en los hechos de la demanda confiesa que “.. *su familia con mucho esfuerzo realizaron cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones hasta el 31 de julio del 2011*” (hecho 7 fl. 3), lo cual da lugar a entender que el actor no se encontraba percibiendo remuneración por alguna actividad laboral, máxime cuando no se evidencia fehacientemente por parte del promotor del litigio una prueba por medio de la cual se acredite que evidentemente los aportes efectuados con posterioridad a la estructuración de su invalidez se originaron en ejercicio de una efectiva capacidad laboral pese a las consecuencias de las enfermedades que padece.

Desatacando brillan por ausencia pruebas tendientes a registrar actividades laborales ejecutadas por el promotor de litigio 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 (1996 a 2011) 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.

Agotada entonces la competencia en esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia apelada, pero por las razones aquí expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

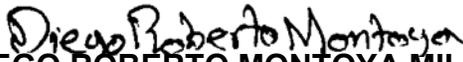
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá, **pero** por las consideraciones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: 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**

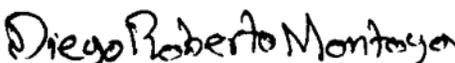
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CECILIA RODRIGUEZ
SALAZAR CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
-COLPENSIONES- (RAD. 06 2018 00756 01).**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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. (folio 126).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Colpensiones y la demandante (fls. 124, 125 y 131), 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 del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de febrero de 2020 (Cd. fl. 113, record 23:33, acta a folio 110), en la que se resolvió:

“CONDENAR a la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a reconocer y pagar a la demandante señora CECILIA RODRIGUEZ SALAZAR la pensión de vejez en cuantía inicial de \$685.658 partir del día 01 de agosto del 2014 junto con los aumentos legales, la mesada adicional y la indexación de las mesadas pensionales debidas mes a mes desde su exigibilidad hasta cuando se produzca el pago de la obligación.

SE ABSUELVE de las restantes pretensiones de la demanda, la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada se declara no probada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

COSTAS a cargo de la parte demandada vencida en el proceso, se fija la suma de \$4.000.000 por concepto de agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandante recurre la decisión en relación con la absolución de los intereses moratorios, considerando el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 le es aplicable a la demandante por cuanto la finalidad de este artículo fue afianzar el carácter vital de la pensión, propender por su pronto pago y proteger a los pensionados de las dilaciones en su trámite y por ello los intereses moratorios antes que ser una sanción para la entidad obligada, son una medida resarcitoria en el caso del no pago oportuno de la mesada, asegurando en el presente caso surgió una situación ajena a la demandante por cuanto ella no tuvo acceso a modificaciones en su historia laboral y fue un perjuicio que se le ocasionó¹(Cd. fl. 113, record: 25:53).

Colpensiones por su parte señala que producto de una investigación administrativa la entidad encontró que la actora tenía 104 semanas que no le correspondían en la historia laboral y que para dichos periodos luego de entregarse comunicación a la misma esta no acreditó ninguna relación laboral en tales periodos, por lo anterior expresa que al hacer la verificación de las semanas se tiene que efectivamente a 01 de abril de 1994 esta contaba con más de 35 años de edad, sin embargo no acreditaba 750 semanas de la entrada

¹ “Muchas gracias señoría me permito interponer el recurso de apelación, respecto en lo que se refiere a los intereses moratorios. Considero que el artículo 141 de la ley 100 de 1993 le es aplicable en este caso a la demandante Cecilia Rodríguez por cuanto la finalidad de este artículo fue afianzar el carácter vital de la pensión, propender por su pronto pago y proteger a los pensionados disuadiendo las dilaciones en su trámite y por ello los intereses moratorios antes que ser una sanción para la entidad obligada, son una medida resarcitoria en el caso del no pago oportuno de la mesada, por lo mismo hay que entender que se causan desde el momento en que se debe hacer el pago y no se realiza, el artículo 141 dice que cuando existe la mora en el reconocimiento de la prestación son procedentes los intereses de mora, en el presente caso surgió una situación ajena a la demandante por cuanto ella no tuvo acceso a modificaciones en su historia laboral fue una situación que perjudicó en todo sentido a la demandante, señoría por ende yo solicitaría la revisión o tener en cuenta este suceso y considero hay lugar a que se le reconozcan los intereses de mora en que ha incurrido la entidad para el reconocimiento de la prestación al no tener en cuenta los tiempos servidos por la demandante a entidades del servicio público hacer caso omiso pues a estas certificaciones que se aportaron a tal fin. Gracias su señoría.”

en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 por lo que el régimen de transición en el caso concreto no se hizo extensivo al 31 de diciembre del 2014, no acreditando los requisitos ni con el acuerdo 049 del 1990 ni con el 71 de 1988 en lo que se refiere al cumplimiento de las semanas.

Señala que de considerarse que le asiste derecho a la aplicación del Decreto 758 de 1990 con la sumatoria de tiempos públicos y privados, se tenga en cuenta la línea jurisprudencial sentada por la corte suprema de justicia a partir de SL del 24 de noviembre del 2004 con radicado 23311 que estuvo vigente hasta que se profirió la sentencia SL 317 del 2019, la cual indicaba que los tiempos públicos y privados solo podían computarse conjuntamente en aplicación de la ley 71 de 1988 y no en virtud del acuerdo 049 de 1990, solicitando se revoque el fallo proferido en esta instancia y en consecuencia se absuelva a su representada². (Cd. fl. 113, record: 28:19).

² “Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal superior de distrito judicial sala laboral solicitándole revoque el fallo proferido en esta instancia.

Primero haciendo precisión como se mencionó en el proceso mi representada inicio una investigación administrativa especial para verificar los tiempos que aparecían en esa historia laboral con Aseguradora Valle S.A en el periodo de 1977, también con Pensi empleados de Colombia con fecha de retiro presunto de 31 de diciembre de 1991 periodos que se señalaron en presencia correspondientes del 26 de marzo 1977 al 25 de diciembre de 1977 del 02 de julio del 1984 al 01 julio del 1985 del 07 de octubre de 1991 al 31 de diciembre de 1991, el caso es que dan un total de 104 semanas cotizadas desde esa investigación administrativa Colpensiones tuvo como resultado de que dichas semanas no correspondían a la historia laboral de la demandante y que para dichos periodos luego de entregarse comunicación a la misma esta no acreditó ninguna relación laboral para tales periodos, por lo anterior al hacer la verificación de las semanas se tiene que efectivamente a 01 de abril de 1994 esta contaba con más de 35 años de edad, sin embargo no acreditaba 750 semanas de la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 por lo que el régimen de transición en el caso concreto no se hizo extensivo al 31 de diciembre del 2014 y que la aquí demandante no acredita los requisitos ni con el acuerdo 049 del 1990 ni con el 71 de 1988 a 30 de julio del 2010 en lo que se refiere al cumplimiento de las semanas.

En este sentido en el caso de que el Tribunal considere que se le accede el derecho a la demandante en aplicación del decreto 758 de 1990 con la sumatoria de tiempos públicos y privados le solicito al Honorable Tribunal que le de aplicación a la línea jurisprudencial sentada por la corte suprema de justicia a partir de SL del 24 de noviembre del 2004 con radicado 23311 que estuvo vigente hasta que se profirió la sentencia SL 317 del 2019 la cual indicaba que los tiempos públicos y privados solo podían computarse conjuntamente en aplicación de la ley 71 de 1988 y no en virtud del acuerdo 049 de 1990 el cual por su origen solo incluye los tiempos cotizados exclusivamente al seguro social y que la aquí demandante no acredita el número de semanas cotizadas exclusivamente al seguro social y tampoco cumple con la ley 71 de 1998, al respecto la corte suprema de justicia explico en los distintos pronunciamientos que en el caso concreto no es procedente que cuando la ley 100 de 1993 hace referencia a tomar como referencia a tomar tiempos públicos y privados lo hace para ser referencia a la pensión de vejez consagrada en la ley 100 de 1993 y no a las pensiones del régimen de transición puesto que para esto existía una norma expresa la cual como se hablo era ley 71 de 1988 por lo anterior le solicito al Honorable Tribunal revoque el fallo proferido en esta instancia y que en consecuencia absuelva a mi representada.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante CECILIA RODRÍGUEZ SALAZAR, las pretensiones relacionadas a folios 4 y 5, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 5 a 8; solicitando principalmente se declare es beneficiaria del régimen de transición y en consecuencia se reconozca y pague la pensión de vejez en los términos y porcentajes establecidos en el Decreto 758 de 1990 o en subsidio de la Ley 71 de 1988, a partir de noviembre del 1° de agosto del 2014, junto con el retroactivo causado debidamente indexado, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas y gastos procesales, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones,** por cuanto se dispuso el reconocimiento de la pensión de vejez, a partir del 1° de agosto del 2014, en cuantía de \$685.658, junto con la indexación de las mesadas pensionales, tras considerar la *a quo* haber conservado la accionante el régimen de transición hasta el 2014, por acreditar 893.71 semanas al 29 de julio del 2005 y por ende tener las 1000 semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, incluyendo los aportes de servicio público dada la nueva postura de la CSJ SL en sentencia SL 1947 de 2020, declarando no probada la excepción de prescripción y absolviendo del pago de los intereses moratorios.

Así las cosas, en atención a la controversia planteada, en primer lugar corresponde a la Sala establecer si la demandante es beneficiaria y conserva el derecho al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del Acto Legislativo 01 de 2005.

En este orden, en cuanto a la aplicación del Régimen de Transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al accionante, de acuerdo con la modificación introducida al artículo 48 de la Constitución Política, por medio del párrafo transitorio 4 del citado Acto Legislativo³, este beneficio tiene

³ "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

dos límites temporales, el primero de ellos, el 31 de julio de 2010, término para que los beneficiarios del citado régimen acreditaran el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización o tiempo de servicios con miras a que tales supuestos y el monto de la pensión de vejez, fueran los establecidos en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados; y el segundo, 31 de diciembre de 2014, en el evento de acreditar 750 semanas de cotizaciones acumuladas a 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, para que el beneficio transicional se extendiera hasta el 31 de diciembre de 2014.

En el caso que se examina, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante contaba con la edad de 38 años, como quiera que nació el 16 de mayo de 1955 (fl. 15), por lo que en principio sería beneficiaria del Régimen de transición.

En cuanto al régimen anterior, se observa que la promotora del litigio durante su vida laboral ha efectuado cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES, desde el 22 de abril de 1975, fecha que se consigna en el reporte consolidado de semanas de cotización visible a folios 117 a 122 actualizado al 26 de marzo del 2019 e impreso para mayor claridad del expediente administrativo aportado en medio magnético por la accionada a folio 106, por lo que el régimen anterior aplicable a la situación pensional de la actora lo sería el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 12 exige la edad de 55 años para la mujer y la acumulación de 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la misma o 1000 semanas en cualquier tiempo, eso sí, como se dijo, antes el 31 de julio de 2010.

En relación con el requisito de edad, encuentra la Sala que la señora RODRIGUEZ SALAZAR alcanzó los 55 años de edad el 16 de mayo del 2010, es decir, en fecha anterior al primer límite establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, 31 de julio de 2010, por lo que el tiempo anterior a los 20 años anteriores al cumplimiento de la referida edad, son los comprendidos entre el **16**

Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen"

de mayo de 1990 y el mismo día y mes del año 2010, debiendo entonces verificarse el número de semanas cotizadas en dicho lapso.

En este punto, se tiene la demandante aduce haber prestado sus servicios en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público entre el 27 de febrero de 1992 y hasta el 6 de septiembre de 1994, asegurando tales tiempos que fueron cotizados a CAJANAL (fl. 8 hechos Nos. 21 y 22)

Revisada entonces la CERTIFICACIÓN ELECTRONICA DE TIEMPOS LABORADOS -CETIL- obrante a folios 78 y 79 del plenario, la cual reemplazó los formatos CLEBP conforme el mismo Ministerio de Hacienda lo indica en la misiva de folio 77, se advierte que contrario a lo afirmado por la actora los únicos tiempos que fueron aportados a CAJANAL son los del 4 de enero de 1993 al 6 de septiembre de 1994 que corresponden a 603 días u 86 semanas, precisándose conforme se certifica por dicha cartera Ministerial a folio 90, la accionante tuvo una vinculación a través de un **contrato de prestación de servicios** del 27 de febrero al 31 de diciembre de 1992, por ende tal lapso no se incluye en el CETIL, pues solo se ve reflejado el tiempo que laboró mediante “*nombramiento ordinario como Secretaria Ejecutiva Código 5040 Grado 17*” del 4 de enero de 1993 al 6 de septiembre de 1994, sin que dentro del presente asunto se pretendiera la declaratoria de un contrato realidad para el periodo 27/02/92 a 31/12/92, en aras de obtener con ello el reconocimiento y pago de un posible cálculo actuarial y en esa medida los únicos aportes válidos para la contabilización de semanas, se itera son los del **4 de enero de 1993 al 6 de septiembre de 1994**. Precisándose igualmente y solo en gracia de la discusión, de haber la actora sostenido un vínculo contractual con la Veeduría del Tesoro bajo la modalidad de prestación de servicios, del 27 de febrero al 31 de diciembre de 1992, brillan por su ausencia las cotizaciones que en calidad de trabajadora independiente debió efectuar al sistema general de pensiones.

Téngase en cuenta que incluso COLPENSIONES en la Resolución DIR 3230 del 14 de febrero de 2018 le manifestó a la accionante (fl. 65 vto):

“Ahora pues, que respecto al tiempo que la señora CECILIA RODRIGUEZ SALAZAR, ya identificada, cotizara a otras cajas, se debe indicar que esta entidad mediante oficio BZ2016-9478208-2790834, requirió al empleador MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, a fin de validar y

confirmar el formato CLEBP No. 1 allegado por la solicitante; a lo cual la precitada entidad remitió nuevo formato CLEBP No. 1 con consecutivo No. 2100 del 16 de noviembre de 2016, en el cual solamente certifica que la afiliada laboró para dicha entidad durante el periodo comprendido entre el 04/01/1993 y el 06/09/1994, por lo cual esta administradora, para el presente estudio debió desestimar el formado CLEBP No. 1 allegado inicialmente por la aquí recurrente y tener en cuenta solamente los que hiciera llegar el ya mencionado Ministerio.

Es preciso indicarle a la afiliada que los formatos CLEBP allegados en los cuales nos indica una relación laboral con el empleador MINISTERIO DE HACIENDA comprendido entre el 27 de febrero de 1992 hasta el día 06 de septiembre de 1994, fueron objeto de confirmación por parte del citado empleador, a lo cual el Ministerio en misiva allegada a esta entidad el día 22 de noviembre de 2016, nos indica que la relación laboral fue respecto del periodo comprendido entre el día 4 de enero de 1993 al día 06 de septiembre de 1994, motivo por el cual éste último periodo fue el que se tomó para efecto de estudiar la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez.”

Establecido lo anterior, con las aclaraciones anteriormente expuestas se tiene que la actora, tiene un total de semanas cotizadas durante toda la vida laboral - hasta el 31/7/2014-, de 985,72 semanas (899.71 historia laboral +86 semanas Min Hacienda), esto es, NO alcanza a reunir un total de 1000 semanas aportadas ante la administradora del régimen de prima media con prestación definida antes del 31 de julio del 2010 y para el periodo del **16 de mayo de 1990 y el mismo día y mes del año 2010** (últimos 20 años) tiene apenas 207.87 semanas es decir, no acredita el requisito de 500 semanas ya mencionado.

Así mismo se tiene, que para el 29 de julio del 2005 la demandante tan solo acumuló 737,71⁴ semanas en las cuales se incluyen los servicios prestados al Ministerio de Hacienda (04/01/1993 al 06/09/1994 = 86 fl. 78), cifra inferior a las

Fecha Inicial	Fecha Final	No. Semanas
22/04/1975	22/07/1975	13,14
01/10/1975	35/3/1977	77,43
01/03/1978	01/07/1984	330,71
30/09/1986	01/01/1987	13,43
01/02/1987	15/01/1988	49,86
21/01/1988	24/02/1988	5
15/06/1988	19/11/1988	22,57
02/02/1989	06/10/1991	139,57
04/01/1993	06/09/1994	86
29/07/2005		737,71
01/08/2008	31/08/2008	4,29
01/09/2008	31/12/2008	16,86
01/01/2009	31/05/2009	21,14
01/08/2009	31/08/2009	4,29
01/11/2009	30/11/2009	4,29
01/10/2010	31/01/2011	17,14
01/02/2011	31/01/2012	51,43
01/02/2012	31/01/2013	51,43
01/02/2013	31/01/2014	51,43
01/02/2014	31/07/2014	25,71
TODA LA VIDA		985,72

4

750 exigidas por el párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005 para tal efecto, razón por la cual se concluye en los términos del nuevo texto constitucional, la demandante ya no se encuentra amparada por el régimen de transición.

Ahora bien, como lo solicitado por la parte actora es el reconocimiento de la pensión de vejez, advirtiéndose que no es beneficiaria del régimen de transición, examinado su derecho a la luz de la Ley 797 de 2003, se advierte que tampoco reúne los requisitos establecidos en la misma, en atención a que en toda su vida laboral, únicamente cuenta con 985.72 semanas de cotizaciones (incluidas las del tiempo servido al Ministerio de Hacienda), habiendo efectuado la última el 31 de julio del 2014 (fl. 114), anualidad para la cual se exigían 1275 semanas para quienes no eran beneficiarios del régimen de transición, las cuales se incrementaron hasta llegar a 1300 en el año 2015, de acuerdo a lo establecido en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por los recurrentes en la alzada así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la pasiva, procediendo a la revocatoria de la sentencia para en su lugar ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - 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.

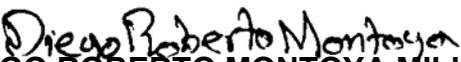
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

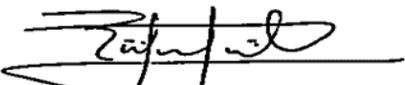
RESUELVE

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 la señora **CECILIA RODRÍGUEZ SALAZAR**.

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 MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

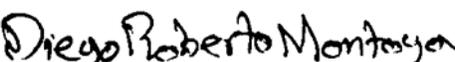
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DORA INES GARCIA FORERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- (RAD 06 2019 00012 01)

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre 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. (folio 60).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de Colpensiones (fl. 59), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, 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 el fin de surtir el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Sexta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de septiembre de 2020 (Cd. fl. 54, record 9:01 acta a folio 53), 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: CONDENAR en costas a la parte demandante vencida en el proceso, se fija la suma de \$300.000 por concepto de agencias en derecho.

TERCERO: REMITIR al superior el expediente a 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 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 DORA INES GARCIA FORERO, las pretensiones elevadas a folios 4 y 4 vto, las cuales encuentran sustentó fáctico en los hechos narrados a folios 4 vto y 5, solicitando principalmente se condene a la demandada a reliquidar el valor de la pensión de vejez reconocida por el ISS, tomando en cuenta el 87% del promedio de las últimas 100 semanas de cotización de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2879 de 1985 indexando el IBC y el IBL hasta el 22 de octubre de 1990, igualmente se indexe la primera mesada pensional desde la fecha de reconocimiento, se ordene el pago de las diferencias de mesadas pensionales, intereses moratorios y/o sanción moratoria o en subsidio la indexación de las sumas que se causen, costas procesales y agencias en derecho, condenas *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones pues se absolvió de todas las pretensiones incoadas, tras considerar que Colpensiones efectuó la reliquidación correspondiente a partir del 2014, precisando dicho acto administrativo se ajusta a derecho como quiera que para pensiones propias del ISS no procede la indexación ya que la norma establecer la fórmula para el cálculo de la prestación tomando el número de semanas y no los salarios, aunado a que al realizar los cálculos matemáticos de las últimas 100 semanas de cotización, se obtuvo un valor inferior al reconocido por Colpensiones.**

Así las cosas, sea lo primero indicar, no es objeto de discusión en esta instancia que la actora se encuentra pensionado desde el 1° de abril de 1990 conforme lo señala la Resolución No. 00377 del 1° de febrero de 1991 (fl. 10), acto

administrativo en el que se señaló como valor de mesada pensional la suma de \$81.042 a partir del 1° de abril de 1990.

Prestación pensional que sin embargo fue reliquidada en dos oportunidades bajo el amparo de la Acuerdo 224 de 1966, modificado por el artículo 1° del Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de ese mismo año (fls. 15 vto y 21 vto), así:

- Resolución SUB 7780 del 15 de enero del 2018 (fls. 15 a 18), IBL $\$1.319.954 \times 84.00 = \$1.108.761$ a partir del 13 de diciembre del 2014.
- Resolución SUB 44512 del 21 de febrero del 2018 (fls. 21 a 25), IBL $\$124.447 \times 87.00 = \underline{\$1.391.737}$ a partir del 13 de diciembre del 2014.

En este orden de ideas como quiera que la prestación pensional de la demandante se otorgó en virtud del Acuerdo 224 de 1966 y que para la liquidación del IBL se tuvo en cuenta lo señalado en el artículo 1° del Decreto 2879 de 1985: *“Para los efectos de este artículo, constituye salario mensual de base el que resulte de multiplicar por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó en las últimas cien (100) semanas de cotización”*, situaciones que no son objeto de reproche por ninguna de las partes, se procede a la verificación de la suma otorgada en su momento por la pasiva para con ello establecer si se encuentra correcta la suma por ella obtenida, quien alega haber reconocido la pensión de vejez ajustada a derecho.

Así las cosas, esta Sala de decisión al realizar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolas al plenario, teniendo en cuenta los salarios que se indican en la historia laboral aportada en medio magnético por Colpensiones (Cd. fl. 41) y teniendo en cuenta el factor 4.33 de la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó la accionante en las últimas cien (100) semanas, arrojan como salario base para el año 1990 la suma de \$125.658,73 al cual se le aplica una tasa de remplazo equivalente al 87% no discutida por las partes y reconocida por la encartada conforme atrás se señaló, para una mesada

pensional al año 1990 de \$109.323¹ suma que resulta inferior a la reconocida por Colpensiones en el último acto administrativo que reliquidó la mesada pensional de la actora (SUB 44512 del 21 de febrero del 2018 ver fl. 22 \$124.447) y en esa medida incrementando dicha mesada al año 2014 (fecha de la reliquidación) esta Corporación obtiene la suma de \$1.385.872,53² y la reconocida por Colpensiones lo fue de \$1.391.737 (ver fl. 24).

Razón por la cual y al ya haberse dispuesto por COLPENSIONES la reliquidación conforme a lo dispuesto por el artículo 1° del Decreto 2879 de 1985, no pueden hallar prosperidad los anhelos de la actora.

TABLA PROMEDIO ÚLTIMAS 100 SEMANAS DE VIDA LABORAL					
Fecha Inicial	Fecha Final	Número semanas por periodo	Valor Ingreso Mensual	Valor por semana	Valor acumulado de semanas por periodo
12/10/88	31/12/88	11,57	\$ 61.950,00	\$ 14.440,56	\$ 167.097,90
01/01/89	31/01/89	4,29	\$ 61.950,00	\$ 14.440,56	\$ 61.888,11
01/02/89	30/08/89	30,00	\$ 136.290,00	\$ 31.769,23	\$ 953.076,92
09/10/89	22/10/90	54,14	\$ 136.290,00	\$ 31.769,23	\$ 1.719.986,15
Total semanas		100,00	Total acumulado actualizado		\$ 2.902.049,09

TABLA PRIMERA MESADA PENSIONAL		
Centésima parte de sumatoria de salarios semanales	Salario base	Porcentaje aplicado salario base
\$ 29.020,49	\$ 125.658,73	87,00%
		\$ 109.323,09

Tabla Retroactivo Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/90	31/12/90	0,00%	\$ 109.323,09			0,00	\$ 0,00
01/01/91	31/12/91	26,07%	\$ 137.823,62			0,00	\$ 0,00
01/01/92	31/12/92	26,04%	\$ 173.712,89			0,00	\$ 0,00
01/01/93	31/12/93	25,03%	\$ 217.193,23			0,00	\$ 0,00
01/01/94	31/12/94	21,09%	\$ 262.999,28			0,00	\$ 0,00
01/01/95	31/12/95	20,50%	\$ 316.914,13			0,00	\$ 0,00
01/01/96	31/12/96	19,50%	\$ 378.712,39			0,00	\$ 0,00
01/01/97	31/12/97	21,02%	\$ 458.317,73			0,00	\$ 0,00
01/01/98	31/12/98	18,50%	\$ 543.106,51			0,00	\$ 0,00
01/01/99	31/12/99	16,01%	\$ 630.057,87			0,00	\$ 0,00
01/01/00	31/12/00	10,00%	\$ 693.063,65			0,00	\$ 0,00
01/01/01	31/12/01	8,75%	\$ 753.706,72			0,00	\$ 0,00
01/01/02	31/12/02	7,65%	\$ 811.365,29			0,00	\$ 0,00
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 868.079,72			0,00	\$ 0,00
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 924.418,10			0,00	\$ 0,00
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 975.261,09			0,00	\$ 0,00
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 1.022.561,25			0,00	\$ 0,00
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 1.068.372,00			0,00	\$ 0,00
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 1.129.162,37			0,00	\$ 0,00
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 1.215.769,12			0,00	\$ 0,00
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 1.240.084,50			0,00	\$ 0,00
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 1.279.395,18			0,00	\$ 0,00
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.327.116,62			0,00	\$ 0,00
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.359.498,27			0,00	\$ 0,00
13/12/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.385.872,53	\$ 1.391.737,00	-\$ 5.864,47	0,60	-\$ 3.519
Total retroactivo diferencia pensional							\$ 0

Ahora bien y en lo que tiene que ver con la pretensión de indexación del IBC y de la primera mesada pensional, baste con señalar la simple lectura de la norma aplicable a la promotora del litigio (Decreto 2879 de 1985³) permite establecer, que antes de la Ley 100 de 1993, no se tenía prevista la indexación o indexación de los salarios con los cuales se obtiene el IBL, tal como expresamente lo introdujo la ley 100 de 1993, en sus artículos 21 y 36, advirtiéndose *“Es evidente que el sistema general de seguridad social se edifica a partir de las cotizaciones que realizan los afiliados, las cuales constituyen la fuente principal de su financiamiento, y es justamente por ello que la ley instituyó la manera como el ingreso base debía determinarse”* (Sentencia SL 629 de 2013).

Además de lo anterior, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 2852 del 27 de julio del 2020, Radicado No. 75019, en un caso de idénticas características expuso:

“ (...) precisa la Sala, que tiene orientado que no es procedente la indexación de la primera mesada de pensiones: i) concedidas íntegramente al amparo de los reglamentos del ISS, previos a la Ley 100 de 1993,-como es el caso-, que se calculaban tomando en consideración el número de semanas que se llegaron a cotizar, no el salario devengado por el trabajador y, ii) cuando no transcurre un lapso considerable entre la cesación de las cotizaciones y el disfrute de la prestación, como aconteció en el presente asunto, (...).

Al respecto, en relación con lo primero, en sentencia CSJ SL16727-2015, expresó:

*[...] es procedente la indexación de la primera mesada de la pensión de jubilación legal que le otorgó el Banco; no sucede lo mismo con la pensión de vejez a cargo del Instituto, porque **el salario mensual de base de cotización, como se denominaba en el régimen de los reglamentos del ISS antes de la Ley 100 de 1993, no se indexa hasta la fecha de reconocimiento** como lo pretende el recurrente. Al punto, la Sala enseñó en un caso similar al del sub lite, en sentencia proferida el 30 de agosto de 2011, rad. 41852, en lo pertinente:*

(...) encuentra la Sala, que el Tribunal no se equivocó al considerar que en la situación examinada no era viable la indexación, toda vez que se

³ ARTÍCULO 1o. La pensión mensual de Invalidez o de Vejez se integrará así:

- 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.

Para los efectos de este artículo, constituye salario mensual de base el que resulte de multiplicar por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó en las últimas cien (100) semanas de cotización.

La pensión de Vejez o de Invalidez así integrada, no podrá en ningún caso exceder del 90% del salario mensual de base teniendo en cuenta para su liquidación. En el caso que resulte inferior al salario mínimo legal vigente, se reajustará a su valor.

trataba de una prestación a cargo del ISS, con sustento en lo previsto en el antecitado artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, esto es, teniendo en cuenta el número de semanas que logró cotizar, distinto a otros casos que ha juzgado esta Sala de la Corte, en los que se ha analizado es el salario devengado por el trabajador.

Así las cosas no era posible abrogarle al ISS la obligación de actualizar las cotizaciones que efectuó entre la fecha en que cesó sus aportes, hasta el cumplimiento de la edad para acceder a la pensión, pues tal situación debe asumirla el afiliado, en la medida en que este pudo seguir aportando para elevar la tasa de reemplazo, de conformidad con lo dispuesto en la normativa a la que se hizo referencia”.

Ello también ha sido objeto de pronunciamiento en las providencias CSJ SL, 6 de julio de 2011, rad. 39542; CSJ SL, 30 ag. 2011, rad. 41852; CSJ SL15680-2015; CSJ SL1186-2018 y CSJ SL945-2019”. (Negritas fuera de texto)

Lo expuesto en líneas anteriores, es suficiente para establecer que la prestación de la promotora del litigio no puede ser objeto de reliquidación, por indexación de los salarios para obtener el IBL, razón por la cual habrán de denegarse las súplicas de la demanda.

Nótese bien, no puede hablarse en este asunto de indexación de primera mesada, puesto que tal figura resulta procedente para casos en los cuales es el empleador quien directamente reconoce la prestación vitalicia, por lo que se trata allí del salario devengado y no de cotizaciones efectuadas a alguna entidad de seguridad social, y en todo se tiene que la última cotización de la demandante lo fue para el 22 de octubre de 1990 (ver cuadro semanas cotizadas fl. 21 vto) y la pensión incluso fue reconocida a partir del 1° de abril de 1990 (fl. 10), precisándose si bien inicialmente la actora tuvo cotizaciones hasta el 31 de marzo de 1990 (ver fl. 15), con posterioridad Colpensiones encontró acreditadas semanas hasta el 22 de octubre de 1990, por lo que no transcurrió tiempo que diera lugar a la devaluación del IBC.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

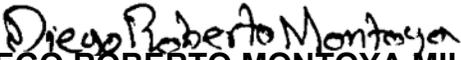
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

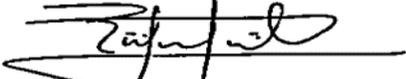
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 6° Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: 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 CARLOS ARTURO GUZMAN ANGULO¹ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- Y COLFONDOS S.A. (RAD. 07 2017 00699 01).

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia por el extremo demandante y la AFP COLFONDOS, 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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por COLFONDOS y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de junio de 2020 (Récord: 47:15, audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, acta a folios 372 a 374), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la afiliación y traslado realizado por el señor CARLOS ARTURO GUZMAN ANGULO con el fondo COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS el 31 de mayo de 1994 proveniente del Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES.

¹ Por autos del 31 de octubre del 2018 (fl. 216), 28 de febrero de 2019 (fl. 247) y 12 de septiembre del 2019 (fl. 271) se tuvo como sucesores procesales del demandante Q.E.P.D. (falleció el 29 de septiembre del 2018 fls. 212 y 245) a los señores: IRIS DEL CARMEN PIZARRO BALOCO, FANY ACEVEDO RUEDA, JUAN FELIPE GUZMAN CASTRO, ANA MARIA GUZMAN CASTRO, PAOLA ANDREA GUZMAN ACEVEDO, ALEXANDRA CAROLINA GUZMAN ACEVEDO y JOHN CARLOS GUZMAN ACEVEDO.

SEGUNDO: DECLARAR que la afiliación del señor CARLOS ARTURO GUZMAN ANGULO al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones es válida, vigente y sin solución de continuidad al ser beneficiario del régimen de transición y cumplir con los requisitos de la sentencia C-1-789 DE 2002, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013.

TERCERO: Se le ORDENA a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a TRASLADAR a Colpensiones la totalidad de los valores que tenía depositados en la cuenta de ahorro individual de la que era titular el señor demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se generaron hasta que se haga efectivo el traslado al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. Debe igualmente trasladar todos los valores recibidos por bonos pensionales debidamente indexados, bonos pensionales del demandante fallecido que se hubiesen recibido por parte del Ministerio de hacienda y Crédito público - oficina de bonos pensionales, igualmente deberá devolver y trasladar a COLPENSIONES todos los dineros descontados como gastos de administración por COLFONDOS, los cuales deberá devolver a Colpensiones debidamente indexados, valores que se hubiesen causado y cobrado mientras estuvo vigente la afiliación y hasta que se realice el traslado correspondiente a COLPENSIONES.

CUARTO: Se ORDENA a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliado al régimen de prima media con prestación definida al señor CARLOS ARTURO GUZMAN ANGULO desde su afiliación inicial al instituto de seguros sociales.

QUINTO: DECLARAR que el señor CARLOS ARTURO GUZMAN ANGULO cumplía con todas las condiciones del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 para acceder a la pensión de vejez.

SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante hoy fallecido a partir del 18 de noviembre de 2011 teniendo en cuenta como primera mesada pensional la suma de \$6.117.505.

SEPTIMO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias de las mesadas pensionales causadas antes del 1° de junio de 2014.

OCTAVO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del señor CARLOS ARTURO GUZMAN ANGULO del retroactivo de las diferencias por mesadas pensionales causadas entre el 1° de junio de 2014 y el 29 de septiembre de 2018, fecha de su fallecimiento, suma que equivale a \$222.242.790, suma que ya está debidamente indexada según la liquidación que hace parte integral de esta decisión. Ese retroactivo debe reincorporarse a la masa sucesoral de señor CARLOS ARTURO GUZMAN ANGULO para su distribución entre sus herederos.

NOVENO: CONDENAR a COLFONDOS a fin que no se afecte el mínimo vital a los sucesores procesales del demandante ya reconocidos como sustitutos pensionales por COLFONDOS, a seguir pagándoles la mesada pensional que reconoció por concepto de pensión de sobrevivientes o sustitución pensional hasta que COLPENSIONES, después de ejecutoriada esta decisión, asuma su pago.

DECIMO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

DECIMO PRIMERO: Se **DECLARAN** no probadas las demás excepciones incoadas por COLPENSIONES, se **DECLARAN** no probadas todas las excepciones incoadas por COLFONDOS y se **DECLARA** probada la excepción propuesta por la parte demandada en reconvención.

DECIMO SEGUNDO: Se **CONDENA EN CONSTAS** a los fondos demandados. Las agencias en derecho se tasan a cargo de COLFONDOS en 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago y a cargo de COLPENSIONES en 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago.

DECIMO TERCERO: ORDENESE la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la nación a fin que el superior revise la legalidad de lo decidido.”

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la providencia y en su lugar, no se declare la ineficacia del traslado, pues, dice, debe tenerse en cuenta que la demandante ya se encuentra pensionada por vejez por parte de COLFONDOS.

Precisando la imposibilidad jurídica de efectuar la reactivación de la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida por cuanto el demandante de manera libre, espontánea y voluntaria, en el ejercicio del derecho al libre albedrío tomó la decisión de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual generando la pérdida del régimen de transición

De otro lado, indica se debe tener en cuenta la sostenibilidad del sistema pensional cuyo objetivo perseguido consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen de prima media con prestación definida de todas las personas que han aportado al fondo común, considerando en casos como el presente no se ha tenido consideración en cuanto a la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representan en el futuro el pago de las pensiones y los reajustes periódicos que pudieran trasladarse al régimen, situaciones que ponen en riesgo las garantías del derecho irrenunciable a la pensión del resto de los cotizantes². (Récord: 52:05, audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams).

² “Me permito interponer y sustentar recurso de apelación dentro del proceso de referencia instaurado contra mi representada con el fin que el Tribunal Superior de Bogotá revoque la decisión tomada por este despacho y en su lugar absuelva a mi representada.

Es importante mencionar señor juez la imposibilidad jurídica de efectuar la reactivación de la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida por cuanto el demandante de manera libre,

CONFONDOS por su parte manifiesta en su recurso, que el a quo ignoró los lineamientos del tribunal, así como los lineamientos de la Corte Suprema de justicia quienes han sido claros en cuanto que una vez se haya obtenido el estatus de pensionado, es imposible declarar la nulidad por el mismo déficit y por la pérdida de la sostenibilidad financiera de estos fondos, resaltando se omitió la integración del ministerio de hacienda, pues el demandante liquidó el bono pensional en el año 2007, aduciendo no se puede ordenar la integración de un bono pensional que ya fue liquidado y que también hace parte de los saldos con los cuales se ha financiado y pagado la mesada pensional desde el 2007, advirtiendo en el acervo probatorio se encuentra que hay una liquidación de un bono, que hay una aceptación de una mesada pensional desde el año 2007, que su representada de buena fe ha proporcionado las mesadas pensionales tanto al afiliado cuando estaba en vida como a sus sustitutos, solicitando se revoque la sentencia proferida³. (Récord: 55:55, audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams).

espontánea y voluntaria, en el ejercicio del derecho al libre albedrío tomó la decisión de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual generando la pérdida del régimen de transición. Por lo expuesto anteriormente hago alusión a lo expuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 la cual modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993 literal E “después de un año de vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse cuando le faltaran 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión”. Tampoco cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 y la SU-130 de 2003.

Es así también su señoría que en varios precedentes jurisprudenciales sobre la nulidad y la ineficacia del traslado de personas que se encuentran ya pensionadas en el RAIS. También solicito la aplicación de las sentencias, la 05 de septiembre de 2018 del Tribunal Superior de Bogotá de la magistrada Martha Ávila, también solicito la aplicación de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del proceso 2017 00173 del pasado 12 de septiembre del 2018 y en cuanto a la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de la sala del señor magistrado Orlando Antonio Gallo. Hay varios pronunciamientos que han hecho frente a la nulidad e ineficacia del traslado pues nos encontramos en una situación diferente, pues ya el señor Carlos se encontraba debidamente pensionado por el fondo COLFONDOS y también solicito al tribunal que aplique las sentencias a que hago referencia en el caso concreto.

Por último, frente a la importancia de tener en cuenta la sostenibilidad del sistema pensional, en ese sentido la Corte Constitucional en varias sentencias, la C-1024 de 2004 de cuyo contenido reprodujo lo pertinente la sentencia SU-062 de 2010 donde se dijo que el objetivo perseguido con el señalamiento de periodo de la carencia de la norma causada, consiste con evitar la descapitalización del fondo común del régimen de prima media con prestación definida que se producirá si se permite que todas las personas que han aportado al fondo común y por lo mismo que no se ha tenido consideración en cuanto a la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representan en el futuro el pago de las pensiones y los reajustes periódicos que pudieran trasladarse al régimen cuando llegasen a los próximos, el cumplimiento de los requisitos para la pensión de vejez, por lo que contribuir a una desfinanciamiento del sistema pensional y por ende, poner en riesgo las garantías del derecho irrenunciable a la pensión del resto de los cotizantes.

Es así su señoría que dejo presente este recurso de apelación, para que el honorable Tribunal Superior de Bogotá absuelva a mi representada de cada una de las condenas a que hizo referencia la sentencia presentada. En este contexto dejo sustentado mi recurso de apelación.”

³ “En este estado de la diligencia me permito interponer también recurso de apelación contra la sentencia anteriormente proferida, solicitándole a los honorables magistrados de Tribunal se revoque en su totalidad esta sentencia.

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 del demandante CARLOS ARTURO GUZMAN ANGULO (q.e.p.d.) en este proceso ordinario, las pretensiones

En primer lugar, teniendo en cuenta el a quo ignoró los lineamientos del tribunal, así como los lineamientos de la Corte Suprema de justicia, pues según lo manifestado por el honorable tribunal en diferentes sentencias donde se menciona que entre algunos hechos que ratifican la voluntad cuando el afiliado tiene el estatus de pensionados, entre estos está negociación anticipada del bono pensional, negociación que se realizó y que se encuentra, además, dentro de los anexos de la contestación. De igual manera, así como la situación insostenible dado que, al aceptar el status pensional, que lo aceptó en 2007, el afiliado en este caso supone la participación de terceros de buena fe como lo son aseguradoras y como lo son demás terceros que aplican al realizarse esta pensión. Eso sería tan solo dos ejemplos del impacto que tendría en el mundo real la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación de quienes ya se encuentran pensionado, impacto que responsablemente la sala laboral de la corte quiere evitar en estos casos.

De igual manera, se sabe también que el afiliado falleció en 2018 y que esta pensión se sustituyó tanto al hijo como ala cónyuge, cabe resaltar también lo manifestado en sentencia SL-17595 de 2017 con magistrado ponente Fernando Castillo donde en forma concreta se dijo:

“Ahora, retrotrayéndonos a la improcedencia, que se declare la inexistencia del traslado es particular, la sala remite la sentencia SL-17595 diciendo lo siguiente:

Así, en el asunto bajo escrutinio brillan por su ausencia los deberes y las obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes entre los cuales se destaca, primero, la información que comprende todas la etapas del proceso, desde la presentación de la afiliación hasta la determinada de las condiciones del disfrute pensional, entendiéndose como este último, aparte de la providencia que si la información data desde antes de la afiliación y hasta las condiciones del disfrute de la pensión, ello implica que una vez reconocida la pensión de vejez esa información se entiende superada con la celebración de un nuevo acto jurídico adelantado por el afiliado o la afiliada y que corresponde a la solicitud de la pensión de vejez, en este caso fue con la sociedad Porvenir, al reconocimiento y pago de la prestación económica pues solo tenía la posibilidad de alegar alta al deber de información previo al disfrute de la prestación pensional”.

Evidenciamos que tanto la sala laboral del tribunal, así como Corte Suprema de Justicia han mantenido lineamientos claros que una vez se haya obtenido el estatus de pensionado, es imposible declarar la nulidad por el mismo déficit y por la pérdida de la sostenibilidad financiera de estos fondos. De igual manera, cabe resaltar que el a quo omitió la integración del ministerio de hacienda, se sabe y se entiende de los anexos que están junto con la contestación, que el señor demandante liquidó el bono pensional en el año 2007, de igual manera, el a quo no integró al ministerio de hacienda, la cual era necesaria por ser esta una entidad que certificó la negociación del bono pensional a través de su oficina de bonos pensionales, se entiende que es el encargado de recibir el dinero en caso que, acá se está exigiendo y condenaron, se devuelva el dinero de un bono pensional, toda vez que este dinero hace parte del erario público y, este dinero no lo puede manejar mi representada. El juez en esta sentencia no puede ordenar la integración de un bono pensional, bono pensional que ya fue liquidado y que también hace parte de los saldos con los cuales se ha financiado y pagado la mesada pensional desde el 2007.

Cabe resaltar, además, que, aunque el juez laboral está facultado para proferir fallos extra y ultra petita, estas providencias deben tener en cuenta la congruencia pues la regla general que orienta la decisión que debe tomar el juez, en tanto impone la obligación de estructurar la sentencia junto con los lineamientos de sus instancias superiores. En este sentido, y teniendo en cuenta que en el acervo probatorio se encuentra que hay una liquidación de un bono, que hay una aceptación de una mesada pensional desde el año 2007, que mi representada de buena fe ha proporcionado las mesadas pensionales tanto al afiliado cuando estaba en vida como a sus sustitutos, solicito al honorable tribunal se revoque la sentencia anteriormente proferida. Muchas gracias señor juez.”

relacionadas a folios 10 y 11 del expediente digital, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 4 a 10 aspirando se declare la ineficacia de la afiliación a Colfondos efectuada el 31 de mayo de 1994, en consecuencia se condene a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes que efectuó al régimen de ahorro individual, incluidos los rendimientos y sin ningún descuento por cuotas de administración ni por las mesadas pensionales ya recibidas, al igual que el valor total del bono pensional, se ordene a Colpensiones a reactivar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida y se condene a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 18 de noviembre del 2011 en cuantía de \$6.641.645 teniendo en cuenta como tasa de reemplazo el 90%, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición, junto con el retroactivo por diferencia de mesadas pensionales, intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación de los dineros adeudados, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Por su parte COLFONDOS presenta demanda de reconvención (fls. 116 a 119)**, solicitando se declare improcedente la pretensión de ineficacia del traslado o en su lugar se disponga reintegrar a Colfondos las sumas de dinero que dicha sociedad le ha cancelado por concepto de mesadas pensionales derivadas de la pensión de vejez, debidamente indexadas, costas y agencias en derecho. **Obteniendo el demandante (q.e.p.d.) sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado al RAIS, condenando a la AFP COLFONDOS a devolver los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de mesadas pensionales pagadas, así como tampoco por gastos de administración y rendimientos que en virtud de las afiliaciones de la actora se encontraran en la cuenta de ahorro individual trasladándolas a Colpensiones, y declarando que la demandante se encuentra válidamente afiliada en el régimen de prima media con prestación definida, lo anterior, tras considerar que la demandada COLFONDOS no demostró haber suministrado la información necesaria e idónea a la demandante al momento del traslado de régimen pensional, por lo que dicho traslado no era eficaz o válido, declarando al de cujus como beneficiario del régimen de transición, razón por la cual dispuso el reconocimiento de la pensión de vejez en virtud del Acuerdo 049 de 1990, en cuantía de \$6.117.505 para el 18 de noviembre del 2011 (fecha en

que cumplió los 60 años de edad), declarando parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 1° de junio del 2014, disponiendo el pago de \$222.242.790 por retroactivo de las diferencias por mesadas pensionales causadas entre el 1° de junio de 2014 y el 29 de septiembre de 2018, fecha de su fallecimiento, el cual indicó debía incorporarse a la masa sucesoral. Igualmente ordenó que Colfondos continuara reconociendo la mesada pensional a los sustitutos del fallecido hasta que Colpensiones asuma el pago

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 2002⁴.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 18 de noviembre de 1951 (folio 20), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2013, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 1° de junio del 2017 (folio 40), esto es, cuando contaba con la edad requerida para adquirir el derecho pensional; sin embargo, contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁵-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 1091,57 semanas de cotización (folio 86) equivalentes a 21 años, 2 meses y 21 días de aportes, por lo que se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al

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”.

⁵ Era trabajadora del sector privado.

régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, no aceptándose su traslado por parte de Colpensiones con fundamento en que *“la información consultada indica que ya se encuentra pensionado o en trámite de pensión, en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad”* (folio 42).

Conforme lo anterior, y aun cuando atendiendo sus circunstancias particulares el actor hoy fallecido hubiese podido retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento, conservando el beneficio transicional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que ello no fue así pedido por en el libelo y no se fijó el litigio entorno a esta temática (audiencia 26 de julio del 2018 records: 5:22 a 8:47), situación frente a la cual las partes no presentaron inconformidad alguna, por lo que resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen tal como se anhelo, desde luego si hay lugar a declararla.

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 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 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 del actor 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 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 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”.

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.

“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.

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, en consonancia con el criterio del órgano de cierre de esta jurisdicción precedentemente analizado, y atendiendo los medios probatorios incorporados al plenario, sería factible, en principio, predicar un incumplimiento de la carga de la prueba en cabeza de la AFP accionada ante la ausencia de 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, lo que daría lugar a la declaratoria de ineficacia del tránsito de régimen pensional realizado el 31 de mayo de 1994 (folios 157 y 165).

No obstante, revisado el expediente es posible establecer que COLFONDOS reconoció al demandante, mediante oficio del 9 de octubre del 2007, pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, en cuantía de \$3.198.314 (folios 30 a 32), en virtud de la solicitud que para el efecto realizó el de cujus, según se dejó consignado en dicho documento, prestación que viene siendo cancelada desde la data de reconocimiento e incluso mediante misiva del 23 de julio del 2019 (fls. 369 a 371) Colfondos comunica la aprobación de la pensión de sobrevivientes a favor de Juan Felipe Guzmán Castro (hijo) e Iris del Carmen Pizarro Baloco (compañera) en un 50% cada uno, de la mesada pensional que en vida recibió el señor GUZMÁN ANGULO. Esta situación conduce a concluir la pérdida de la calidad de afiliado que ostentaba el demandante (q.e.p.d.) al momento de solicitar la nulidad de su traslado de régimen, mutándose a pensionado, en tanto fue beneficiario de la prestación económica hasta la fecha de su deceso (29 de septiembre de 2018 fls 212 y 245), garantizándose de esta forma su derecho pensional.

Atendiendo lo anterior, precisa la Sala, la ineficacia del traslado solo resulta predicable para aquellas personas que suscribieron el formulario de afiliación sin que dicha selección haya estado precedida de un consentimiento informado, esto es, con la inobservancia del deber de información que como se explicó en demasía está a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones como

administradoras del RAIS, y siempre que ostente la calidad de afiliado, siendo la afiliación el acto de ingreso al sistema general de pensiones⁷, condición que perdió el señor CARLOS ARTURO GUZMAN ANGULO (Q.E.P.D) al aceptar la pensión que le fuera reconocida por COLFONDOS, adquiriendo la categoría de pensionado por vejez, en los términos y modalidades previstas en el régimen de ahorro individual al que se encontraba vinculado.

Y es que en materia pensional, particularmente en materia de movilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, las calidades de *afiliado* y *pensionado* tienen efectos diferentes; así por ejemplo, el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, permite la transferencia voluntaria del valor de la cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o trasladarse a otra entidad administradora, siempre que se tenga la condición de afiliado, esto es, *“no haya adquirido la calidad de pensionado”*, disposición que fuera declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-841 2003, en la que esa Corporación consideró que “Permitir el traslado de una entidad administradora de pensiones a otra, una vez se ha adquirido la calidad de pensionado puede poner en riesgo la sostenibilidad del sistema, aumentar los costos de los servicios administrativos y financieros, y desestimular la obtención de mayores niveles de rentabilidad a través de inversiones de mediano y largo plazo, dado que la posibilidad de traslado quedaría sujeta al capricho del pensionado”.

Sobre el particular, debe precisarse, aunque la Corte Suprema de Justicia en algunas de sus providencias ha declarado la ineficacia de traslado entratándose de personas que han adquirido el derecho pensional, lo cierto es que dicho precedente no resulta aplicable en el asunto bajo examen por tratarse de supuestos fácticos disímiles; en ese orden, por ejemplo, en la sentencia con Radicación No. 31314, del 9 de septiembre de 2008, analizó el caso de un pensionado trasladado del RPM al RAIS cuando tenía 62 años de edad, esto es, encontrándose en la prohibición legal de trasladarse, situación que no acaece en el sub lite en tanto el traslado se realizó cuando le faltaban 19 de años para adquirir la edad mínima de pensión en prima media –tenía 42 años (folio 20) no

⁷ La Corte Constitucional en sentencia T-235 de 2002, señaló que *“La precisión del concepto “afiliación” también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. Habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina “alta”, y aquéllas en que no lo está (se denomina “baja”).*

existiendo en su caso prohibición legal alguna para que se efectuara ese tránsito de régimen.

Del mismo modo, tampoco resultan coincidentes los hechos de esta demanda con los analizados por el Alto Tribunal en la sentencia con Radicación No. 31989, del 9 de septiembre de 2008, en donde procedía la ineficacia dado que el traslado de régimen se produjo cuando el actor había adquirido el estatus de pensionado en el régimen de prima media con prestación definida y se le generó un perjuicio en tanto se le postergó por más de 5 años el reconocimiento pensional bajo los presupuestos del régimen de ahorro individual, castigándolo con la disminución del valor del bono pensional dada la redención anticipada⁸, condiciones estas que, se itera, no se configuran en el caso bajo estudio pues su derecho pensional no se había consolidado al momento del traslado.

Con todo, se itera, en el presente evento la acción fue encaminada por pensionado desde el año 2007, verificándose el traslado cuando le faltaban más de 19 años para la edad mínima, por lo cual no existía una prohibición legal como acontece en los antecedentes jurisprudenciales antes esbozados, por lo cual, al haber aceptado la pensión por COLFONDOS, se tiene que adquirió el estatus de pensionado, beneficiándose de la misma durante aproximadamente 11 años (del 2007 al 2018 data del fallecimiento).

De lo que viene de decirse, no había lugar a declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 31 de mayo de 1994, por lo que se revocará la sentencia de primera instancia.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se REVOCARÁ la decisión de primer grado, para en su lugar absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

⁸ *“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”*

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocarán y quedarán 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: REVOCAR la sentencia proferida por el Juez 7° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por CARLOS ARTURO GUZMAN ANGULO (Q.E.P.D).

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIBEL NARIÑO
NARANJO CONTRA BYDA COLOMBIA S.A.S. (RAD. 12 2018 00211 01).**

Bogotá D.C. treinta (30) de Noviembre de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandada representada por curador *ad litem* (fls. 113 y 114), 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

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el curador *ad litem* de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de febrero de 2018 (Cd. fol. 107, record: 16:14 acta a folio 108), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a BYDA COLOMBIA S.A.S. a pagar a favor de la señora MARIBEL NARIÑO NARANJO las siguientes acreencias laborales:

- 1.) *Por concepto de cesantías \$1.007.935,44*
- 2.) *Intereses a las cesantías \$9.423,05*
- 3.) *Prima de servicios \$250.169,44*
- 4.) *Vacaciones \$523.584,72*
- 5.) *Sanción por no consignación a las cesantías del artículo 99 de ley 50 de 1990 entre el 15 de febrero del 2015 y el 24 de abril de dicha anualidad en la suma de un \$1.776 941.*
- 6.) *Finalmente por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del CST los intereses moratorios causados desde el momento de la terminación del vínculo hasta que el pago se verifique sobre el saldo de salarios y prestaciones adeudados y que son objeto de esta condena, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.*

SEGUNDO: ABSOLVER a Vida Colombia S.A.S de las demás suplicas de la demanda incoadas por la parte actora.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada en favor de la parte actora por la suma de \$500 000.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la parte demandada con base en la parte motiva de la presente decisión.”

Inconforme con la decisión el curador *ad litem* quien representa los intereses de la demandada interpuso recurso de apelación, señalando que las indemnizaciones moratorias por la no consignación de las cesantías y por el no pago de prestaciones, no opera de manera automática o inmediata sino que se requiere que exista una clara o demostrada mala fe por parte del empleador, aduciendo la misma no se encuentra demostrada en el presente asunto, por lo que solicita se revoquen estas condenas.

Por otro lado en punto a la prescripción, expresa se debió tomar como fecha para declarar la misma, la data en que fue recibida la demanda por el Juzgado de primer grado, esto es, el 11 de abril del 2018, por lo que los tres años anteriores darían el 11 de abril del 2015 y en consecuencia únicamente se pueden hacer exigibles los derechos causados del 12 al 24 de abril de ese año, advirtiendo la prescripción busca sancionar la inactividad de la parte actora declarando efectivamente la falta de exigibilidad de las obligaciones laborales y sancionándola con el hecho de que no pueda hacerlas exigibles judicialmente, siendo estas únicamente reclamadas como una obligación natural, por lo que reitera las obligaciones únicamente exigibles a este caso eran aquellas que estaban previstas con posterioridad al 11 de abril del 2015.(Cd. fol. 107, record: 18:33)¹

¹ “Con el debido respeto del despacho, me permito de presentar recurso de apelación contra la sentencia acabada de proferir por su Honorable señoría, lo cual fundamento en los siguientes términos:

Sea lo primero aclarar que en relación con la indemnización moratoria tanto para cesantías, como para salarios aquella que se refiere a la terminación del contrato de trabajo por el no pago de las prestaciones sociales y salario a la misma es copiosa la jurisprudencia en el sentido de señalar que esta condena no solo no opera de manera automática o inmediata a su causación requiere que exista una clara o demostrada mala fe por parte del empleador, desafortunadamente en el asunto que nos ocupa si bien es cierto la empresa BYDA no compareció al asunto, la misma no se encuentra acreditada dentro del asunto que atañe en este momento al despacho, motivo por el cual al no encontrarse demostrada la mala fe en el asunto que nos ocupa solicito en segunda instancia al honorable tribunal se sirva revocar la condena en tal sentido.

El segundo argumento sobre el cual sustentó mi recurso de apelación para el caso es el que se relaciona con la prescripción para el suscrito se debe tomar como fecha para declarar los derechos la fecha la cual fue recibida por el despacho la demanda esto es el 11 de abril del 2018, es decir se cuentan tres años hacia atrás siendo que los derechos prescritos a partir del 11 de abril de 2015 se encuentran prescritos, siendo únicamente exigibles aquellos que van del 12 al 24 de abril, fecha en la cual se terminó el contrato de trabajo, el argumento que sustenta esta afirmación es el hecho de que la demanda fue rechazada por el juzgado municipal cuando la incoo la parte actora en dicho despacho, aduciendo principalmente que no era competente precisamente para conocer de las pretensiones de la demanda por razón de la competencia en cuestión de los salarios.

Finalmente lo que se refiere a este recurso de apelación se debe tener en cuenta en todo caso la prescripción busca sancionar la inactividad precisamente de la parte actora pues declarando efectivamente la falta de exigibilidad de las obligaciones laborales y sancionándola con el hecho de que no pueda hacerlas exigibles judicialmente, siendo estas únicamente reclamadas como una obligación natural. En ese escenario es claro que las obligaciones únicamente exigibles a este caso eran aquellas que estaban previstas con posterioridad al

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, MARIBEL NARIÑO NARANJO, las pretensiones relacionadas a folios 37 y 38 las cuales encuentran sustento fáctico en los supuestos narrados a folios 36 y 37, dirigidas a que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido durante el periodo del 3 de enero del 2011 al 24 de abril del 2015, en consecuencia se condene al demandado al pago de las cesantías del año 2014 (\$757.766), las del 2015 (\$252.383), intereses a las cesantías del año 2015 (\$9.590), prima de servicios del año 2015 (\$252.383), vacaciones del 1° de enero del 2014 al 24 de abril del 2015 (\$521.370), indemnización por la no consignación de las cesantías del año 2014 (\$1.776.941), indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones sociales, derechos *ultra y extra petita*, gastos, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable,** por cuanto se condenó al pago de las cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por no consignación de las cesantías del 15 de febrero al 24 de abril del 2015 y ordenó el pago de los intereses moratorios por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, al haber demandado la accionante luego de 24 meses de haber terminado el contrato de trabajo y devengar más del salario mínimo, indicando no estar prescrita ninguna de las anteriores acreencias al haber reclamado sus derechos el 18 de diciembre del 2017 y demandado el 19 de diciembre de esa misma anualidad, por lo que únicamente se encontrarían prescritos los derechos causados con anterioridad al 19 de diciembre del 2014.

Pues bien, en autos no son objeto de discusión las conclusiones a las cuales llegó el Juez de primera instancia, referidas a las existencia de la relación laboral entre las partes desarrollada del 3 de enero del 2011 al 24 de abril del 2015, la modalidad del contrato que los rigió, ni el salario devengado por la demandante.

Así las cosas, se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por el curador *ad litem* que representa los intereses de la parte accionada, en los puntos

11 de abril del 2015. En los anteriores términos rindo mi recurso de apelación, agradezco su señoría por el tiempo prestado.”

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*).

Bajo la premisa anterior, se tiene que el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar la procedente de las indemnizaciones por nos consignación de cesantías y por el no pago de las prestaciones sociales a la finalización del vínculo laboral, como también la data desde la cual operó el fenómeno extintivo de la prescripción, pues se reclama por el apelante que las condenas prosperen a partir del día 11 de abril del 2015.

En esa dirección, en lo que hace referencia a la **indemnización por no consignación de cesantías** del año 2014, debe indicar esta sede judicial que de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 en su inciso 3º, esta sanción procede cuando el empleador no consigna el valor de la cesantía correspondiente para cada año antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual que el trabajador haya elegido, a razón de un día de salario por cada día de retardo.

Conforme lo anterior y una vez revisadas las pruebas recaudadas dentro del expediente se tiene que la accionada BYDA COLOMBIA S.A.S. en efecto nunca consignó dicha prestación, lo que conllevaría al pago de la referida indemnización previo análisis del elemento de buena o mala fe; precisando la Sala como ya se dijo no obra prueba de haberse efectuado la consignación de ésta prestación social para la fecha reclamada, esto es, las del año 2014, lo que permite inferir que el comportamiento de la empleadora de la demandante estuvo orientado a desconocer y sustraerse de la obligación del pago de las cesantías que por ley le correspondía, no encontrándose justificación alguna para tal circunstancia, evidenciándose por ende la mala fe de la aquí demandada y de esta manera resulta acertada la orden impartida por el Juez *a quo*.

En lo atinente a los reparos formulados respecto a la **Indemnización del artículo 65 del C.S.T.** por falta de pago oportuno de salarios y prestaciones debidas, se precisa esta procede cuando el empleador no satisface en oportunidad los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, correspondiéndole en consecuencia al Juzgador analizar el material probatorio obrante en el proceso,

para así determinar si existen razones atendibles frente a los motivos que tuvo para no pagar o hacerlo de manera extemporánea que revelen buena fe en su comportamiento, precisándose ésta no procede de manera automática, pues como ya se mencionó que ha de analizarse el elemento buena o mala fe². En dichos términos se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia³.

En el presente asunto, advierte ésta Corporación, la pasiva no aludió a circunstancia alguna que justificara el no pago de las prestaciones causadas a favor del demandante a la terminación de su contrato de trabajo, por lo que se estima desdeñable la posición de la llamada a juicio al resistirse a pagar las acreencias debidas a la actor, pues como se dejó evidenciado, no tenía en su haber argumentos de orden fáctico y jurídico respetables, de cierta probidad, pues ni una sola justificación se presentó respecto a la mora en el pago, razón por la cual resulta procedente la condena a esta indemnización.

Ahora y en lo que tiene que ver con la excepción de **prescripción**⁴, conviene memorar, en materia laboral el término trienal para la operancia del fenómeno de la prescripción se encuentra consagrado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L. y S.S., el cual se debe contabilizar desde el momento en que los derechos reclamados son exigibles y puede ser interrumpido por una sola vez por un lapso igual mediante la reclamación presentada por el trabajador.

Bajo los parámetros referidos, en el caso de marras, se advierte, no es objeto de controversia en esta instancia la fecha finalización del vínculo laboral -24 de abril del 2015 fl. 10- del cual surgen los derechos reclamados en la demanda, como son las cesantías, la compensación de vacaciones, la prima de servicios del año

² Al respecto ver SL 309 del 5 de febrero del 2020 y SL 11436 del 29 de junio de 2016.

³ "...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de 1.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de 1.963 y el 20 de julio de 1.968).

Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe." (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991)."

⁴ Propuesta en oportunidad por el curado ad litem desde la contestación de la demanda (fol. 105) la cual se admitió por el juzgado mediante auto del 25 de febrero del 2020 (fol. 106).

2015 y la indemnización moratoria (exigibles a la finalización del contrato de trabajo), siendo entonces dicha data la tomada por el *a quo* para la exigibilidad de tales acreencias, por lo que desde ahí deberá contabilizarse el término trienal de prescripción antes señalada, precisándose los intereses a las cesantías del año 2014 se hicieron exigibles el 31 de enero del 2015 (Ley 52 de 1975) y la indemnización por no consignación de cesantías del año 2014, se causó a partir del 15 de febrero del 2015.

Así mismo se advierte, no mostró reparo la accionada respecto del documento tomado por el *a quo* como el de reclamación, presentado por la actora el 18 de diciembre del 2017 ante la accionada visible a folios 20 y 21, el cual por demás no cumpliría las exigencias señaladas en el artículo 151 del C.P.T. y SS, no obstante la Sala en virtud del principio de consonancia, como se anunció desde el inicio de este proveído, resolverá el punto de apelación en los términos expuestos por el recurrente.

Conforme a lo anterior y una vez determinada las fechas en las cuales se hicieron exigibles cada una de las acreencias aquí reclamadas, se tiene que todas datan del año 2015, por ende al haberse presentado la reclamación al ex empleador el 18 de diciembre de 2017 (fls. 20 y 21), se interrumpió el fenómeno extintivo y como quiera que la actora interpuso la demanda dentro de los tres años siguientes, es claro que ninguna de las condenas impuestas en primer grado se encuentran prescritas, aclarando al recurrente la fecha en que la actora accionó lo fue el 19 de diciembre del año 2017 como se puede leer del acta individual de reparto de folio 29, sin que se pueda tomar la fecha de asignación del proceso al Juzgado 12 Laboral del Circuito (ver fl. 33) como se pretende, pues lo cierto es que la presentación del libelo independientemente del despacho al que inicialmente le correspondió lo fue el 19 de diciembre del 2017, calenda en que la actora decidió acudir ante la jurisdicción reclamando sus acreencias laborales, sin que las decisiones relativas a reglas de competencia de los despachos judiciales, puedan afectar los derechos aquí reclamados, adicionalmente se tiene que el hecho de que el curador se haya notificado transcurrido más de un año luego haberse admitido la demanda, no tiene incidencia en autos pues lo cierto es que la prescripción se interrumpió con la reclamación elevada por la actora a BYDA COLOMBIA S.A.S. y no con la presentación de la demanda.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia, por el estudio de los motivos de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por el Juez de primera instancia, en tanto lo único que se reprochó por parte de la accionada fue el día a partir del cual se debieron proferir las condenas y la procedencia de las indemnizaciones, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

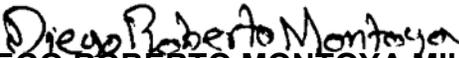
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 12 laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

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 \$200.000, 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