TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por SANDRA MILENA MONEDERO BONILLA en calidad de curadora del interdicto WILSON MONEDERO BONILLA contra la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES. Rad. 110013105-005-2019-00561-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la demandante (art. 69 CPTSS), respecto de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2020 por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La señora SANDRA MILENA MONEDERO BONILLA en calidad de curadora de WILSON MONEDERO BONILLA, a través de apoderado judicial, pretende se declare que este último mientras estuvo vivo debió ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes de su difunto padre Gilberto Monedero Corrales, se declare que el interdicto adquirió el status de pensionado por pensión de sobrevivientes, a partir del 02 de noviembre 1999, fecha del día siguiente al fallecimiento de su padre, a su vez, se declare que la demandada incurrió en mora a partir del 31 de diciembre de 2018; en consecuencia, se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes, a partir del 02 de noviembre 1999; se le condene al pago del correspondiente retroactivo a que haya lugar con base en el monto de la pensión que debe ser reconocida desde el 02 de noviembre 1999 y hasta que se realice el pago de la primera mesada pensional. Igualmente, se le condene al pago de los intereses de mora a que haya lugar sobre las mesadas dejadas de pagar y sobre el retroactivo dejado de pagar a partir del 31 de diciembre de 2018. Finalmente, lo ultra y extra petita, así como el pago de costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que Wilson Monedero Bonilla nació el 03 de enero de 1966, es hijo de Gilberto Monedero Corrales, quien se encontraba pensionado por el ISS y falleció el 01 de noviembre de 1999. Mediante sentencia del 28 de junio de 2018 el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Tuluá declaró a Wilson Monedero como interdicto indefinidamente por discapacidad mental absoluta, designándola como guardadora principal de su hermano. Indicó que Wilson Monedero fue discapacitado mental absoluto de nacimiento por lo que siempre dependió económicamente de su padre, con posterioridad dependió de ella pues fue nombrada guardadora por el Juzgado. Que elevó a Colpensiones derecho de petición para solicitar pensión de sobrevivientes por hijo inválido del interdicto, la cual fue negada por no ser el mecanismo idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión y no se podía recibir pues no se encontraba firmado el formato de declaración de no pensión. De igual manera, en dicha entidad se le informó que la sentencia de interdicción no era suficiente para determinar la perdida de la capacidad laboral, por lo que el interdicto debía ser valorado por Colpensiones para que emitiera un dictamen de pérdida de capacidad laboral; empero, ante su insistencia recibieron su requerimiento pero sin obtener respuesta de fondo a su solicitud ya que requirió el dictamen ejecutoriado de calificación de pérdida de la capacidad laboral por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, desconociendo la discapacidad mental absoluta de Wilson Monedero. Anudado a lo anterior, Colpensiones requirió como requisito para la pensión, la declaración juramentada de que el beneficiario de la pensión tenía dependencia económica del causante, declaración que no es exigible y además resulta redundante toda vez que la solicitud de la pensión del beneficiario la constituye dicha afirmación. Finalmente, indicó que el interdicto falleció el 05 de julio de 2019, en espera del reconocimiento de la pensión a la que tenía derecho (fls. 2 a 3 y 40 a 44).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, las pretensiones de la demanda carecen de sustento jurídico y fáctico pues la demandante pretende el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor del señor Wilson Monedero Bonilla por hijo invalido del pensionado, el señor Gilberto Monedero Corrales, a partir de 02 de noviembre de 1999, sin embargo, la prestación solicitada se causa con ocasión del fallecimiento de un beneficiario o un afiliado activo del Sistema de seguridad social, teniendo en cuenta que el objetivo de este Sistema es proteger la pérdida de capacidad económica; en ese orden de ideas, la pensión de sobrevivientes se genera automáticamente con la muerte del pensionado siempre que se acrediten los requisitos establecidos legalmente, que para el caso bajo estudio se requiere que la persona que se

considere invalida lo sea por cualquier origen no profesional, no provocada intencionalmente y que hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral; este último requisito debe ser acreditado por las Juntas Regionales y la Nacional de Calificación de Invalidez y teniendo en cuenta que no fue acreditado por la solicitante, no fue posible para esta administradora estudiar el caso y de ser posible reconocer la prestación solicitada. Propuso como excepciones de mérito las de «Falta de causa para pedir», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe en las actuaciones de Colpensiones», «prescripción», «improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios» e «innominada o genérica» (fls.52 a 60).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 19 de noviembre de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación; en consecuencia, absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y no condenó en costas a las partes.

Para arribar a la anterior conclusión señaló que, conforme al material probatorio de la demanda, no se pudo acreditar el estado de invalidez de WILSON MONEDERO BONILLA, a la luz de lo que dispone el Manual Único de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral para poder ser beneficiario de la prestación alegada; así mismo, no se probó la dependencia económica del mismo respecto de su padre fallecido GILBERTO MONEDERO CORRALES, a quien le fue reconocida pensión de vejez por el extinto ISS, desde 1995 y que falleciera falleció el 01 de noviembre de 1999; pese a que fue probado que el señor Wilson fue declarado interdicto y que falleció el 05 de julio de 2019.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en la demanda y contestación a la misma.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar si al señor WILSON MONEDERO BONILLA le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión de la muerte de su padre.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico, debe advertirse que se acreditó que al causante GILBERTO MONEDERO CORRALES el extinto ISS a través de la Resolución No. 002864 de abril de 1995 le reconoció pensión de invalidez, efectiva a partir del 14 de octubre de 1994, cuya cuantía equivalente al SMLMV, tal como se vislumbra del citado acto administrativo obrante a folio 5 y se admite por la entidad accionada. Igualmente se probó que el pensionado, señor GILBERTO MONEDERO CORRALES falleció el 01 de noviembre de 1.999 según se evidencia en el Registro Civil de Defunción visto en el expediente administrativo de folio 6. También se encuentra probado en el plenario, que el señor GILBERTO MONEDERO CORRALES ostenta la calidad hijo del causante y que se encuentra actualmente en estado de interdicción, siendo su curadora la señora WILSON MONEDERO BONILLA quien es hermana del mismo (fls. 24 a 32).

De acuerdo con los anteriores hechos probados, el estudio del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes debe realizarse según los requisitos exigidos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en su genuina versión, por ser esta normativa la vigente al momento del fallecimiento del causante.

La aludida norma contempla, para lo que interesa al presente proceso, que tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca por riesgo común, de lo que se colige que el caso del causante se ubica en este supuesto, por lo que se considera que dejó causado el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Con base en lo anterior, el problema jurídico a decidir se centra en la demostración de la invalidez del hijo del demandante y la dependencia económica exigida en la norma para tenerlo como beneficiario de la prestación solicitada, de conformidad con lo dispuesto por el literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, disposición legal que incluyó como beneficiarios a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, la que hace referencia a que no tengan ingresos adicionales mientras subsistan las condiciones de invalidez.

De conformidad con los parámetros fácticos y legales definidos, se tiene que la condición de inválido del señor WILSON MONEDERO BONILLA, NO se encuentra acreditada, muy a pesar que el mencionado fue declarado interdicto por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Tuluá – Valle del Cauca, el 28 de junio de 2018, con base en la valoración de un médico especialista en psiquiatría, el cual indicó que se trata de una patología denominada RETARDO MENTAL MODERADO: DETERIORO DEL COMPORTAMIENTO DE GRADO NO ESPECIFICADO, lo cual, desde luego no suple el

requisito contenido en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, según el cual, «se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral», aspecto este que se echa de menos en la medida que no se acompasa con lo establecido en el artículo 41 ibidem, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 049 de 2012, toda vez que el -presunto- estado de invalidez no se encuentra determinado de conformidad con base en el manual único para la calificación de invalidez, ni por las entidades del Sistema General de Seguridad Social autorizadas para ello, tales como el ISS, hoy COLPENSIONES, EPS´S, ARL´S, Juntas Regionales de Calificación de Invalidez y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Requisitos estos, que por supuesto no pueden suplirse con una valoración médica particular.

Lo anterior sería suficiente para confirmar la decisión del a quo que llegó a similares conclusiones. Pero de obviarse lo anterior y tenerse por cumplido tal requisito, la conclusión absolutoria es palmaria, en la medida que tampoco se acreditó la dependencia económica respecto del pensionado fallecido, en tanto y en cuanto no se aportó ningún medio de prueba tendiente a demostrar que en efecto el señor WILSON MONEDERO era dependiente económico del causante al momento de su deceso en los términos de la sentencia C – 111 de 2006 y las pautas dadas entre otras por la Sala de Casación Laboral en sentencias CSJ SL-15116-2014 y CSJ SL10251 de 2017.

Al efecto no se demostró por la parte actora, verbigracia, que para el momento de fallecer el causante, ciertamente el actor fuera dependiente económico de su padre en vida, no se acreditó que fuese el causante quien asumiera los gastos personales y básicos del actor, o por lo menos, suministrara una colaboración económica que fuese relevante y necesaria para su congrua subsistencia, cuál fue la ayuda ofrecida y por tanto, que su ausencia afectara sus condiciones mínimas de sostenimiento; de tal modo que lo anterior, sin necesidad de realizar mayores elucubraciones, resulta suficiente para confirmar la decisión de primera instancia.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme se consideró en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de CARLOS PAEZ CASTIBLANCO contra MANUFACTURAS ELIOT S.A.S. Y COLPENSIONES. Rad. 110013105-036-2017-00784-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las partes respecto de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El ciudadano CARLOS PAEZ CASTIBLANCO, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria contra MANUFACTURAS ELIOT S.A.S. Y COLPENSIONES, a fin de que se declare que COLPENSIONES le debe cancelar las incapacidades médicas desde el 26 de septiembre de 2013 al 20 de mayo de 2014, teniendo como IBC un SMLMV; así mismo, se declare que MANUFACTURAS ELIOT S.A.S., le debe cancelar la reliquidación de sus incapacidades médicas del 05 de noviembre de 2012 al 20 de mayo de 2014, teniendo en cuenta como salario, el devengado antes de sus incapacidades, esto es $1.145.000. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a pagar $5.803.374, por concepto del pago de las incapacidades del periodo del 26 de septiembre de 2013 al 20 de mayo de 2014, sobre un SMLMV; a su vez, se condene a MANUFACTURAS ELIOT S.A.S., al pago de $7.616.192, por concepto de la reliquidación de las incapacidades médicas entre el 05 de noviembre de 2012 al 20 de mayo de 2014, teniendo en cuenta como salario $1.145.000. Por lo anterior, se condene a las demandadas al pago de las sumas pedidas, debidamente indexadas; a lo extra y ultra petita y costas procesales.

Finalmente y como pretensiones subsidiarias solicitó se declare que la empresa demandada debe hacer la reliquidación de las incapacidades médicas del 05 de noviembre de 2012 al 25 de septiembre de 2013, teniendo en cuenta como salario el devengado antes de sus incapacidades, esto es $1.145.000 y se declare que la misma debe cancelar las incapacidades médicas en un 100% desde el 26 de septiembre de 2013 al 20 de mayo de 2014, teniendo en cuenta como IBC el salario de $1.145.000; en consecuencia, se condene a MANUFACTURAS ELIOT S.A.S., al pago de $4.399.000, por concepto de reliquidación de las incapacidades médicas entre el 05 de noviembre de 2012 al 20 de mayo de 2014, teniendo en cuenta el mismo salario aludido; se le condene al pago de $9.007.000 por concepto de las incapacidades médicas en un 100% desde el 26 de septiembre de 2013 al 20 de mayo de 2014, teniendo en cuenta como IBC el salario de $1.145.000, a su vez, que estas sumas sean debidamente indexadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que ingresó a laborar para la sociedad MANUFACTURAS ELIOT S.A.S., mediante contrato laboral a término fijo, desde el 08 de septiembre de 2003, desempeñando el cargo de auxiliar de producción textil. Indicó que al ser trabajador de la sociedad, lo cobija la Convención Colectiva de trabajo suscrita por la misma y el sindicato de trabajadores de manufacturas Eliot S.A.S., con vigencia última, del 01 de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2018. De otro lado, indicó que padece de trastornos de disco lumbar y otros con radiculopatía, dolor lumbar crónico intratable, antecedente de artrodesis posterior, lumbarización, epicondilitis medial bilateral, condromalacia patelar bilateral y sospecha de glaucoma. En cuanto a su salario, para el periodo de abril de 2012 fue de $1.145.000; sin embargo, entre los periodos del 08 de mayo de 2012 al 20 de mayo de 2014 estuvo incapacitado por los diagnósticos indicados anteriormente; entre los primeros 180 días de incapacidad, es decir, entre el periodo del 08 de mayo al 04 de noviembre de 2012, el pago de las incapacidades fueron asumidas al 100% por el empleador, tal como es señalado en la cláusula décima de la convención colectiva de trabajo aludida; que las incapacidades médicas del 05 de noviembre 2012 al 25 de septiembre de 2013, le fueron pagadas por Colpensiones, sobre un SMLMV. A continuación, el 14 de abril de 2015 solicitó a esta administradora el pago de las incapacidades posteriores al 25 de septiembre de 2013, cuya respuesta fue rechazada. A su vez, el 25 de mayo de 2015 radicó a MANUFACTURAS ELIOT S.A.S. la misma petición; no obstante, ni esta sociedad ni Colpensiones le han cancelado la reliquidación de las incapacidades médicas por los periodos del 05 de noviembre de 2012 al 25 de septiembre de 2013 ni le han cancelado algún monto por las incapacidades desde el 26 de septiembre de 2013 al 20 de mayo de 2014 (fls.2 a 11 y 114 a 126).

CONTESTACION DE DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,

contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en consecuencia solicitó se le absuelva de las mismas ya que al demandante no le asiste el derecho reclamado, en primera medida por falta de legitimación en la causa por pasiva, pues, muchas de sus pretensiones están dirigidas a una reliquidación de unas incapacidades que deben ser re-liquidadas por mandato de una convención colectiva contraída entre el actor y su empleador, por lo que esta entidad es totalmente ajena al pleito. Así mismo, las incapacidades por las que se solicita se condene a esta administradora no son procedentes en razón a que son posteriores a la calificación de pérdida de la capacidad laboral, que se dio con motivo de una pérdida del 26% e inferior al 50%, y como ha señalado la Corte Constitucional respecto de las incapacidades laborales que el pago de las mismas de origen común iguales o menores a 03 días corren por cuenta del empleador y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS, rescatando que en todos los casos, es el empleador quien debe hacer el trámite para el reconocimiento de dichas incapacidades y las EPS antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, deben examinar y emitir el respectivo concepto de rehabilitación, el cual deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad, luego, la respectiva administradora deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades desde el día 181 en adelante y hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine su pérdida de capacidad laboral; advirtiendo en ese orden que si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, es la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181; que si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez para que esta verifique si se agotó el procedimiento adecuado y en ese caso proceda a efectuar la calificación de pérdida de capacidad laboral y si resulta ser superior al 50% y el trabajador cumple con los demás requisitos, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva; empero, si es menor al 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad. En ese contexto, sostuvo que el trabajador no cumple con los requisitos normativos para que la entidad le reconozca las incapacidades demandadas, ello por cuanto, ya se emitió un dictamen de calificación, que arrojó una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%. Propuso como excepciones de fondo, las de «Prescripción», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia del derecho reclamado», «cobro de lo no debido», «buena fe de Colpensiones», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios», «carencia de causa para demandar», «compensación», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (fls.164 a 175).

La demandada MANUFACTURAS ELIOT S.A.S., contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, el demandante

está actualmente vinculado laboralmente con esta sociedad, una vez entró en vigencia este vínculo, notificó a las entidades del Sistema de seguridad social sobre el ingreso del actor a sus servicios, ello con el fin de ampararlo para todos los riesgos, esto es a salud, con la EPS Cruz Blanca; pensión, a Colpensiones y para riesgos profesionales, SURA ARL, entidades que han cumplido con sus obligaciones legales al prestarle y autorizarle todos sus servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y de rehabilitación, que ha necesitado el trabajador durante toda la vigencia de su contrato. Adicionalmente y en cumplimiento de sus obligaciones legales, contractuales y convencionales le ha reconocido al demandante el pago del auxilio económico de los primeros 180 días de incapacidad con un salario superior al que legalmente está obligado. Respecto a la convención colectiva, precisó, sólo está obligada a reconocer y pagar al actor, los primeros 180 días continuos de incapacidad con el salario básico mensual, pues a partir del día 181 este pago lo asume el fondo de pensiones al que se encuentra afiliado, es decir, Colpensiones, sin que existe intervención de su empleador. Propuso como excepciones de mérito, las de «Cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones reclamadas», «compensación» y «prescripción» (fls.229 a 233).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 18 de noviembre de 2020, condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la suma de $668.100, correspondiente a los subsidios por incapacidad causados entre el 26 de septiembre y el 29 de octubre de 2013; así mismo, condenó a MANUFACTURAS ELIOT S.A.S., a reconocer y pagar la suma de $10.203.333 por diferencia de los subsidios por incapacidad causados entre el 05 de noviembre de 2012 y el 20 de mayo de 2014. Condenó a las demandadas a indexar las sumas objeto de condena.

Para arribar a la anterior decisión señaló, en síntesis, luego de repasar la normatividad aplicable, señaló que de acuerdo a la certificación emitida por la EPS Cruz Blanca, al actor se le habían expedido a partir del 08 de mayo de 2012 y hasta el 20 de mayo de 2014, incapacidades ininterrumpidas, esto es, con menos de 30 días entre ellas, por lo que los 180 días se cumplieron el 04 de noviembre de 2012 y los 540 días el 29 de octubre de 2013. Que en total había acumulado 703 días de incapacidad por lo que a la luz de los periodos demarcados en las pretensiones en los que se exigían la satisfacción de los subsidios, esto es, del 26 de septiembre de 2013 al 24 de mayo de 2014, la controversia se centraba exclusivamente en los pagos correspondientes entre los días 507 y 703 de los subsidios por incapacidad. En ese orden, no era procedente que la entidad de seguridad social señalase que el afiliado ya ha sido calificado o contara con un concepto desfavorable de rehabilitación pues ello conllevaría a una desprotección injustificada de ese trabajador o afiliado so pretexto de una omisión legislativa en torno al concepto favorable o que se

cuenta con una calificación de pérdida de capacidad laboral. En ese sentido, estimó que entre el día 81 y el 540, es el fondo de pensiones el que debe asumir la contingencia; empero, tal situación no se puede predicar respecto de las incapacidades que se causaron con posterioridad al día 540 pues dicha circunstancia si representa una omisión legislativa absoluta que no es posible conjurar por el operador judicial, advirtiendo que con el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 se regularon las incapacidades posteriores al día 540, al señalar que la obligación recae en cabeza de las entidades promotoras de salud, en ese orden y como las incapacidades alegadas se causaron con anterioridad al referido Plan, se debe acudir al principio de aplicación de la ley en el tiempo, en materia del trabajo, y no era posible emitir orden respecto de las prestaciones causadas con anterioridad al día 540. Que en todo caso, Colpensiones no debía asumir tal obligación pues la misma estaría en cabeza de la EPS a la que se encontraba afiliado el demandante, empero no se le llamó a ser parte de la Litis, lo que conlleva a una falta de legitimación de la causa por pasiva por parte de Colpensiones. Con relación a los periodos reclamados entre el 26 de septiembre de 2013 al 20 de mayo de 2014, entre los días 517 y 540 de incapacidad, precisó le corresponde a Colpensiones pagarlas. En este sentido, y como quiera que no se probó que se haya satisfecho la obligación a su cargo, halló viable condenarla al pago de esos subsidios por incapacidad con base al valor con el cual se efectuaron los aportes al Sistema, que correspondía a un salario de $1.145.000, razón por la cual se debería pagar la mitad de este salario y conforme al IBC la liquidación con la que se debería deducir el subsidio, sería de $572.500, que resultaba inferior al SMLMV del año 2013, debiéndolo reajustar al mismo y que por los 34 días que se encuentran adeudados por Colpensiones, corresponden a $668.100.

Por otro lado, señaló con relación a las prestaciones económicas de orden convencional derivadas de las incapacidades médicas otorgadas al actor, teniendo en cuenta la reliquidación de los subsidios causados entre el 05 de noviembre de 2012 y el 20 de mayo de 2014, con base en el salario de $1.145.000, que las convenciones colectivas de trabajo señalan que estas cobijaban a todos los trabajadores de trabajo así no se encontraran sindicalizados, por lo que el demandante es beneficiario de dichos acuerdos colectivos, adicionalmente, la empresa demandada no propuso excepción alguna al respecto, de modo que al no oponerse a la cláusula convencional ni poner en duda su contenido, no fue objeto de estudio este asunto, salvo que se apartó de la interpretación que de la misma hace el demandante. En este sentido y conforme a la cláusula número 10 de dicha convención, se acordó que en casos de incapacidad por enfermedad de carácter no profesional y certificadas por la EPS, la empresa pagará los salarios completos a sus trabajadores a partir del primer día de la incapacidad y la empresa se encargará de tramitar y cobrar ante las EPS, el valor de las incapacidades. Así las cosas, concluyó el Despacho que las únicas dos condiciones que se exigen para el reconocimiento de los salarios completos a los trabajadores de la empresa demandada, implica la viabilidad del

pago del salario completo sin importar el periodo en el cual se haya causado, esto es, si son o no incapacidades con posterioridad a los 180 días pues si la voluntad de las partes dentro de la negociación colectiva hubiera sido delimitar esa obligación del empleador en el tiempo, así lo hubiera establecido. Además, de acuerdo con la certificación emitida por la EPS Cruz Blanca, concluyó que la totalidad de las incapacidades fueron generadas por enfermedad general, es decir, de origen común, razón por la cual resultaba viable el reconocimiento de los mayores valores como quiera que la misma Convención Colectiva lo que pretendía era cobijar la fracción de salario que se ve disminuida como consecuencia de la naturaleza de las incapacidades y los días transcurridos. Por lo anterior, consideró viable el pago de las sumas con un salario de $1.145.000, por tanto, debían pagarse las diferencias con relación al salario mínimo con el que fueron pagadas las incapacidades. Advirtiendo que dichas sumas debían pagarse indexadas, precisando, no estaba probada la excepción de prescripción.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte DEMANDANTE, inconforme parcialmente con la decisión, interpuso recurso de apelación, en cuanto al salario base de liquidación sobre el cual se tomó el 100% de salario, respecto a la nómina de abril de 2012, pues tal como se expuso en la sentencia con base en las facultades ultra y extra petita, si bien es cierto que lo solicitado en la demanda fue que se tuviera un salario base de $1.145.000, se deriva que un desprendible de nómina que entregó la empresa demandada, señaló que este desprendible no fue como lo certificó Colpensiones en su historia laboral, si bien este desprendible contiene un valor de $1.214.202; por lo tanto, solicitó que se tenga en cuenta el IBL por el cual se deben re liquidar las incapacidades y por la cual se deben concederle al actor las incapacidades no a partir de lo que se solicita en la demanda, sino conforme el desprendible de nómina señalado por la empresa demandada por un valor de $1.214.200. De otro lado, indicó en cuanto a las incapacidades posteriores al día 540, esto es 02 de noviembre de 2013 al 20 de mayo de 2014, no le fueron canceladas en ningún momento por un SMLMV y tal como lo señaló el Despacho, la EPS no concurrió al proceso y de acuerdo a como se dispuso en la convención colectiva de trabajo, en caso de incapacidad por enfermedad de origen no laboral y certificada por la EPS, la empresa pagará a los trabajadores los salarios completos a sus trabajadores, a partir del primer día de la incapacidad, la empresa se encargará de tramitar el valor de las incapacidades, en este sentido, la empresa nunca tramitó las incapacidades ante la EPS posteriores al día 540 y tampoco pagó el salario mínimo al trabajador, por lo que las incapacidades del 02 de noviembre de 2013 al 20 de mayo de 2014 se deben pagar sobre el 100%; además, dentro de la sentencia se señaló que del 01 de enero de 2014 con las incapacidades superiores al día 540, solo obliga a pagar a la empresa la reliquidación por encima del salario mínimo, por lo que solicitó se revoque la reliquidación pues lo que se debe pagar es el 100% del día

540 al día 739.

Por su parte, el apoderado judicial de la demandada, EMPRESA MANUFACTURAS ELIOT S.A.S. apelo, pues consideró que por ser un tema convencional, los auxilios allí pactados para las incapacidades que reconoce y paga la EPS a la empresa o al trabajador, es hasta el día 181 y a partir de allí el pagador de ese auxilio no es la EPS, sino que está a cargo del Fondo de pensiones a la que se encuentra afiliado el trabajador. Por lo anterior, esta entidad canceló los montos hasta el día 180, tal como se estipuló en la convención y se debe tener en cuenta que a partir del día 181 como el auxilio económico es a cargo de ña AFP, es en los términos que la ley establece para el pago de los auxilios sin que la cláusula convencional haya establecido que se subroga los auxilios económicos que le corresponden al fondo de pensiones. Por otro lado, indicó que sí hay prescripción respecto a algunos términos ya que la demanda fue notificada a esta empresa luego de haber trascurrido más de un año, de haber sido radicada la demanda para que concurriera el fenómeno prescriptivo.

Igualmente, la apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando para tal efecto que al demandante no le asiste derecho a que se le reconozca y paguen incapacidades económicas desde el 22 de septiembre de 2013 al 29 de octubre del mismo año como lo ordenó el Despacho y menos en mayo como lo pretende el demandante, pues los fondos de pensiones solo están obligados al pago de subsidios económicos equivalentes a incapacidades médicas temporales, por un máximo de 140 días siempre que durante este término se postergue el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral o que dé cuenta de un concepto de rehabilitación favorable, pero en el presente asunto el trámite de PCL no se postergó hasta el día 540, toda vez que esta entidad mediante dictamen del año 2013 procedió a calificar la pérdida de capacidad laboral del demandante. Adicionalmente, esta administradora cumplió con los requerimientos legales pues canceló las incapacidades médicas a que estaba obligada para posteriormente presentar dictamen de pérdida de capacidad laboral del actor, dictamen que, si da lugar a suspender el pago de las incapacidades médicas, pues las AFP deben reconocer el pago de estas desde el día 181 y hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de capacidad laboral, tal como ocurrió en el presente asunto.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto Colpensiones como Manufacturas Eliot SAS, presentaron alegatos de conclusión y solicitaron que se revoque la decisión de primer grado. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación determinar si hay lugar al pago de las incapacidades solicitadas y a cargo de quien, de ser así, verificar si es viable el reajuste ordenado a cargo de la empresa accionada en virtud de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la accionada Manufacturas Eliot SAS y su sindicato de trabajadores, o en su defecto si deben pagarse en un 100%.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver la controversia planteada, sea lo primero recordar que la Ley 100 de 19933 en su artículo 206, establece que el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, reconocerá las incapacidades de origen común, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Asu vez, el auxilio por incapacidad se define como el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las Entidades Promotoras de Salud - EPS, a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual. Por regla general la incapacidad se reconoce por la EPS una vez ésta es expedida por el profesional adscrito o perteneciente a la misma, caso en cual, dicha entidad deberá reconocer la prestación económica derivada de la incapacidad por enfermedad general, en la medida en que se haya cotizado en los términos previstos en el artículo 2.1.13.4 del Decreto 780 de 2016, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, el cual prescribe:

> «Artículo 2.1.13.4 Incapacidad por enfermedad general. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas. No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones».

En cuanto al pago de esta prestación económica de origen común, el artículo 40 del Decreto 1049 de 1999, mediante el cual se determinó el «Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad», disponía en su parágrafo 1:

> «Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados».

De igual modo, el parágrafo 1 del artículo 3.2.1.10 ibidem, modificó lo anterior y dispuso que «en el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos

empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente».

Ahora bien, el auxilio monetario a cargo del SGSSS se liquida con base en el salario que devenga, a razón de las 2/3 partes por los primeros 90 días, y la mitad por otros 90, de conformidad con lo establecido en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo.

De otra parte, en los incisos 5 y 6 del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, a su vez modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, se establece:

> «(...) Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iníciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto. (...)».

Asimismo, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012, prescribe que el de reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador ante las EPS.

Frente a la obligación del empleador de efectuar el pago de las incapacidades por enfermedad general, para luego efectuar el cobro a la EPS, el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, prevé tal circunstancia en los siguientes términos:

> «Artículo 28. Prescripción del derecho a solicitar reembolso de prestaciones económicas. El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador».

Lo cual, en armonía con la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional en la jurisprudencia antes reseñada, resulta lógico que sea el empleador quien realice el pago de la incapacidad, pues como ya se mencionó, ésta tiene por objeto suplir el salario del trabajador que ha sido incapacitado, para que luego sea reconocida a este por la respectiva EPS, en los términos de lo previsto en el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, que

incorpora el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, el cual dispone:

> «Artículo 2.2.3.1 Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.
>
> El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante. (Negrilla fuera de texto) En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.
>
> Parágrafo 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.
>
> Parágrafo 2. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar».

Ahora, la responsabilidad en el pago de incapacidades que superan los 180 días, según el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 esa obligación recae en cabeza de los fondos de pensiones. Precepto normativo que determinó:

> «Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la Administradora de Fondos de Pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la Entidad Promotora de Salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador».

Por último, el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, reguló el tema de calificación del estado de invalidez, y el reconocimiento de incapacidades superiores a 180 días de la siguiente manera:

> «Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.
>
> "Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde

> se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iníciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto».

Ahora bien, aunque en los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015 se previó la creación de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) – ADRES, que tendría, entre otras muchas funciones, el pago a las respectivas EPS «[...] por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos», lo cierto es que esta disposición en manera alguna suplió la falencia normativa advertida, como quiera que su entrada en operación estaba supeditada a la reglamentación que para el efecto expidiera el gobierno nacional, es decir, no fue a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015 que las EPS asumieron la obligación de pagar las incapacidades superiores a 540 días, pues para ello se requería no solo la regulación emanada del ejecutivo, sino además, de los recursos que trasladara la nueva entidad a las EPS para financiar este tipo de prestación económica. De acuerdo a lo previsto en el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016, modificado por el Decreto 546 de 2017, la ADRES entró en operación a partir del 1 de agosto de 2017.

Debe decirse, además, solo hasta la expedición del Decreto 1333 de 27 de julio de 2018, se reglamentó lo atinente al pago de las incapacidades superiores a 540 días, estableciendo la obligación a cargo de las EPS. Así, en el artículo 2.2.3.3.1 se dispuso:

> «Artículo 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días, Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:
>
> 1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.
> 2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.
> 3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.
>
> De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541)».

En consonancia con lo hasta aquí analizado, solo hasta el 27 de julio de 2018 se eliminó el vacío jurídico existente y se estableció a cargo de las EPS la obligación de asumir el pago de las incapacidades superiores a 540 días. Así, las incapacidades superiores a 540 días, causadas antes de la fecha antes anotada, no están en cabeza de ninguna de las entidades

del sistema general de seguridad social y por tanto, deben ser asumidas directamente por el empleador. En esos términos lo dejó sentado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5411 de 2019 en la que indicó:

> «(…) Lo anterior quiere decir que, en efecto, existía un vacío legal respecto del reconocimiento y pago de incapacidades por origen común generadas en favor del afiliado con posterioridad al día 540, cuando existía una calificación inferior al 50% de la pérdida de capacidad laboral.
>
> Ello impide que se asigne la responsabilidad a la AFP y se radique en cabeza del empleador, comoquiera que, ante la citada ausencia de cobertura, el riesgo subrogado por aquel a través de la afiliación y pago del aporte al Sistema de Seguridad Social Integral se agota y las prestaciones económicas asociadas al riesgo de enfermedad general, en virtud de la relación de trabajo, regresan a él».

Corolario de lo brevemente expuesto, si la incapacidad es menor o igual a 2 días, será asumida por el empleador (artículo 1° del Decreto 2943 de 2013); si la incapacidad es mayor a 3 días y hasta el día 180, debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador siempre y cuando sea prórroga de otra, advirtiendo, las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre una y otra no existe un lapso mayor a 30 días y corresponden a la misma enfermedad. A partir del día 181 de incapacidad ininterrumpida y durante 360 días más, es decir hasta el día 540, estarán a cargo del fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador, si existe concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, periodo durante el cual se deberá tramitar la calificación de invalidez, sin que el concepto desfavorable de rehabilitación emitido por la EPS implique la suspensión de los pagos, pues este se suspende únicamente por la reincorporación a la vida laboral o por la calificación de invalidez (sentencia T-008 de 2018 y artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012); y frente a las incapacidades causadas después del día 540, si esta fue expedida antes del 27 de julio de 2018 (fecha de entrada en vigencia del Decreto 1333 de 2018), correrá por cuenta del empleador, con posterioridad a esa fecha, en virtud de lo establecido en el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018, esta será cancelada por la EPS.

Descendiendo al caso de autos, no se discute en esta sede judicial que el actor se encuentra actualmente vinculado laboralmente a la sociedad accionada, desde el 08 de septiembre de 2003 (fls. 35-36) y que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Manufacturas Eliot y su sindicato de trabajadores, aspectos que fueron definidos en primera instancia, sin que hayan sido objeto de alzada.

Ahora bien, con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, se tiene que al plenario fue aportada certificación por parte de la EPS CRUZ BLANCA donde se da cuenta que al actor le fueron expedidas y prorrogadas incapacidades laborales por entre el 08 de mayo de 2012 y el 20 de mayo de 2014, para un total de días acumulados de 703 (fl. 32 a

34), todas por patologías de origen laboral. Allí se indica igualmente que la referida EPS liquidó y/o pago de 180 días por las causadas entre el 25 de mayo de 2012 y el 05 de octubre de 2012.

Por su parte, según comunicación expedida por COLPENSIONES, esta se hizo cargo y pagó las incapacidades causadas entre el 05 de noviembre de 2012 y el 25 de noviembre de 2013 (326 días), así como las causadas desde el 24 de agosto de 2015 y el 07 de noviembre de 2015 (fls.97 a 99), advirtiéndose en este punto, que según reposa en el expediente administrativo las incapacidades causadas entre el 24 de agosto de 2015 y el 07 de noviembre de 2015, por 75 días, fueron pagadas en virtud de una orden de tutela proferida por el Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá el 08 de junio de 2018 (CD fl. 182). De Allí también se pudo verificar que el actor fue calificado con pérdida de capacidad laboral del 26.6% por parte de Colpensiones el 13 de septiembre de 2013, siendo modificada la misma por parte de la Junta Nacional de Calificación en un 41.24%, según dictamen del 16 de octubre de 2014.

Ahora bien, la parte actora como pretensiones principales solicitó de parte de COLPENSIONES el pago de incapacidades medicas entre el 26 de septiembre de 2013 al 20 de mayo de 2014 en cuantía del salario mínimo, empero la juez a quo, ordenó el pago, únicamente respecto a los subsidios por incapacidad causados entre el 26 de septiembre y el 29 de octubre de 2013 conforme a dicho salario.

De igual manera, se evidencia como segunda pretensión principal, que se eleve condena a la empresa MANUFACTURAS ELIOT S.A.S., por concepto de reliquidación de las incapacidades medicas entre el 05 de noviembre de 2012 al 20 de mayo de 2014 teniendo en cuenta un salario de un Millón Ciento Cuarenta y Cinco Mil Pesos ($1.145.000) con base en la cláusula décima de la Convención Colectiva del Trabajo suscrita por el sindicato de trabajadores y la empresa MANUFACTURAS ELIOT S.AS.

En ese orden, la controversia desde un primer momento se centró únicamente en torno a las incapacidades con posterioridad al día 180, esto es, del 05 de noviembre de 2012 al 20 de mayo de 2014, por lo que, para establecer la procedencia de la condena impuesta a COLPENSIONES, la cual se revisa tanto en el grado jurisdiccional de consulta como por la apelación propuesta por la accionada, debe señalarse que todas y cada una de las incapacidades fueron causadas con anterioridad al 27 de julio de 2018, por tanto, es claro que COLPENSIONES únicamente debía pagar aquellas incapacidades causadas por espacio de 360 días, entre el día 181 y el 540, lo que se concreta en el caso de autos por las incapacidades causadas en las fechas indicadas, empero de las cuales, indica el actor, sólo se le pagaron por parte de COLPENSIONES las incapacidades médicas del 05 de noviembre de 2012 al 25 de septiembre de 2013 (506 días), sobre un salario mínimo legal

mensual vigente (fl. 118), aspecto que no está en discusión. De modo que, tal como lo coligió la a quo, esta entidad sí debía pagar las incapacidades que se causaron hasta el día 540, esto es, por los 34 días faltantes que cubren las generadas entre el 26 de septiembre de 2013 al 29 de octubre de 2013, las que en efecto no fueron canceladas por parte de COLPENSIONES, bajo el argumento que no demoró y/o postergó el trámite de calificación hasta los 540 días, según lo que interpreta del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, sin embargo, tal entendimiento resulta erróneo en la medida que, el artículo en cita, lo que propende es por el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad financiera del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad durante este período (360 días), disponiendo el Legislador que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP[1], con independencia si hay concepto favorable o desfavorable.

Así pues, como la a quo en este particular aspecto precisó que el salario a tomar en cuenta correspondía al mínimo, tal y como lo solicitó la parte actora en la demanda, sin que fuese objeto de discusión, se tiene que el salario diario ascendía a la suma de $19.650, que, multiplicados por 34 días, equivalen a $668.100. De modo que se evidencia viable la condena a COLPENSIONES, por ende, se confirmará la decisión frente a este puntualísimo aspecto.

Ahora bien, con relación al segundo problema jurídico, relacionado con la condena a la accionada MANUFACTURAS ELIOT SAS de reliquidar las incapacidades médicas entre el 05 de noviembre de 2012 al 20 de mayo de 2014, sustentada en la cláusula 10 de la Convención Colectiva de Trabajo, tal como se pidió desde la demanda como pretensión principal, es claro, sin embargo, que la accionada en la alzada se opone a la misma. Así, se tiene al respecto que, conforme a las Convenciones Colectiva de Trabajo aportadas al plenario de folios 37 a 91, frente a las que como ya se precisó, no hubo oposición sobre su legalidad y la calidad de beneficiario de la misma por parte del actor, en su cláusula 10ª prescribe:

> «En caso de incapacidad por enfermedad de carácter no profesional certificadas por la E.P.S. LA EMPRESA pagará los salarios completos a sus trabajadores a partir del primer día de la incapacidad.
>
> Las incapacidades otorgadas por las E.P.S en cuánto a tiempo se refiere, para el reconocimiento de las prestaciones sociales tales como cesantías, vacaciones, primas semestrales, jubilación, etc., no serán deducibles para sus liquidaciones reconocimiento y pago.
>
> LA EMPRESA se encargará de tramitar y cobrar ante las E.P.S el valor de las incapacidades».

[1] https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-401-17.htm

Sobre el entendimiento de dicha cláusula, la empresa accionada indica que sólo le resulta aplicable el pago de los primeros 180 de incapacidad certificados por la EPS, en adelante se encuentra a cargo de la AFP; interpretación que no se comparte por la Sala en la medida que la norma convencional exige en primer lugar que la incapacidad sea de origen común, no laboral, además que se encuentre certificada por la respectiva Entidad Promotora de Salud, para que, desde el primer día le sea pagado al trabajador el salario de forma completa sin haberse estipulado límite alguno en el tiempo para su causación, de haberlo querido así los contratantes, se hubiese estipulado así, de ahí que, mientras la incapacidad sea por causas de origen común y sea certificada por la E.P.S., la empleadora se obliga a pagar en forma completa los respectivos salarios, incluso de su inciso segundo se desprende que ese fue el querer de las partes al suscribir el convenio colectivo, en tanto y en cuanto, se especificó que no serían deducibles para el pago de prestaciones sociales. Motivo por el cual no sale avante la apelación propuesta por MANUFACTURAS ELIOT SAS y resulta viable el reajuste ordenado en tal sentido por la juez a quo, en torno a las incapacidades correspondientes, desde el 05 de noviembre de 2012 al 20 de mayo de 2014, teniendo en cuenta el salario de $1.145.000, pues ese fue el solicitado por el accionante en la demanda, incluso obsérvese que en este punto el A quo hizo uso de las facultades ultra y extra petita en torno a la fecha inicial de las incapacidades solicitadas.

Ahora bien, se duele la parte actora en su apelación que ha debido pagarse o liquidarse dichas incapacidades teniendo en cuenta el salario correspondiente a $1.214.202, es decir, no como se solicita en la demanda con el salario correspondiente a $1.145.000, empero tal solicitud no resulta procedente en esta instancia, no sólo porque la misma no se acompasa con lo expresamente pedido de manera principal en la demanda, sino porque en esta instancia judicial, el Tribunal no cuenta con las facultades extra y ultra petita, las cuales tienen su génesis legal, en el artículo 50 del CST, el cual dispone que el Juez Laboral de Primera Instancia puede reconocer y ordenar al empleador demandado el pago de salarios, prestaciones sociales o indemnizaciones, que no hayan sido incluidos dentro del petitum de la demanda por parte del trabajador promotor del litigio, condicionando ésta potestad judicial a que los hechos que originan dichos derechos hayan sido discutidos y probados en el juicio laboral; y dicha facultad, también, podrá consistir en que las sumas de dinero que hayan sido deprecadas en la demanda, sean fustigadas en un mayor valor en las condenas que imponga el Juzgador, cuando con arreglo a la Ley, lo pedido por el trabajador sea inferior a lo que tiene derecho, y desde luego, siempre y cuando los rubros laborales no hayan sido pagados.

Debe tenerse en cuenta, que en todo caso la facultad extra y ultra petita, no puede vulnerar el derecho de defensa y debido proceso de la parte a quien desfavorece, que en principio no es otro que el empleador demandado, y es por eso, que el legislador ha condicionado su procedencia a que los hechos en que se fundamenta el reconocimiento del derecho no

pedido, previamente tuvieron que haber sido debatidos dentro del proceso, y además, se encuentren debidamente probados, para que de esta forma la parte demandada pueda controvertirlos, y en esa medida no se trata de hechos desconocidos para quien le desfavorece la decisión, pues en su oportunidad pudo controvertirlos o exponer sus razones de defensa; de lo dicho, resulta irrefutable que un fallo extra o ultra petita no es sorpresivo, no se decide intempestivamente en el momento del fallo, sino que tiene un respaldo probatorio y respetuoso del derecho de defensa y contradicción, consustancial al debido proceso del cual el Juez laboral es el principal garante, en los términos del actual artículo 48 del CPT y SS.

Aunado a lo anterior, esta excepción al principio de congruencia si bien puede desbordar el «petitum de la demanda»; no puede desviarse de la «causa petendi de la demanda», pues son los hechos la esencia del debate del proceso, y los hechos que son la causa de pedir es algo inherente o de consustancial responsabilidad de las partes, de modo que para fallar extra y ultra petita, inclusive, el juez debe moverse dentro del panorama fáctico que le han delimitado o enmarcado las partes.

Con todo, las facultades ultra y extra petita son potestades del Juez de Primera Instancia, que no constituyen una camisa de fuerza, y que para el caso particular de la segunda instancia no tienen cabida, tal y como lo ha dejado decantado pacíficamente el Alto Tribunal, en entre otros pronunciamientos, en sentencia del 2 de julio de 2014, rad. 38010. En consecuencia, esta corporación no puede dar aplicación a tales facultades como lo sugiere la recurrente, máxime, cuando la juez de primer grado ciñó su condena conforme a lo que expresamente había pedido el actor en la demandada ($1.145.000), pues con ese mismo se habían efectuado los aportes a pensión y descartando por esa misma razón el salario que encontró en el desprendible de nómina visto a folio 235 por $1.214.202.

En esa misma línea, tampoco hay lugar a ordenar los pagos de las incapacidades con el 100% de los salarios, en los términos de la apelación propuesta, pues es, como se ha venido reseñando, desde el momento de la presentación de la Litis que la parte actora establece como objetivo y pretensión principal de su causa petendi, en primer lugar, por parte de COLPENSIONES el pago de incapacidades medicas entre el 26 de septiembre de 2013 al 20 de mayo de 2014 en cuantía del salario mínimo, y por parte de MANUFACTURAS ELIOT S.A.S., la reliquidación de las incapacidades medicas entre el 05 de noviembre de 2012 al 20 de mayo de 2014 teniendo en cuenta un salario de un Millón Ciento Cuarenta y Cinco Mil Pesos ($1.145.000) y solo en el evento de no salir avante estas petitorias principales pretendía, subsidiariamente, es decir en defecto de lo principal, que se procediera al estudio de las pedidas declaratorias y condenas subsidiarias, es decir, la relativa a que MANUFACTURAS ELIOT S.A.S., cancelara las incapacidades médicas en un 100% desde el 26 de Septiembre de 2013 al 20 de Mayo de 2014 teniendo como Ingreso

Base de cotización un salario de un Millón Ciento Cuarenta y Cinco Mil Pesos ($1.145.000).

En este sentido, se debe recordar a las partes que cuando se acude a la figura procesal de la acumulación de pretensiones, en «principales y subsidiarias», es claro que la voluntad del demandante que así se proceda con relación al pronunciamiento judicial, es el orden fijado por este, sin que le esté permitido al Juez alterarlo para escoger cuál de los pedimentos decide primero, y debido a que la Juez A quo accedió a las primeras pretensiones, es decir las principales, ordenado el pago COLPENSIONES de las incapacidades faltantes conforme al salario mínimo legal mensual vigente, y ordenó, además, el reajuste de las incapacidades por parte de la empresa con base al salario allí indicado, que eran las pretensiones principales invocadas, es absolutamente claro que no es viable dar curso en esta instancia, al recurso de apelación impetrado por la parte actora con miras a conceder la aludida petición que planteó en la demanda como subsidiaria, sin que desde luego, esta haya sido estudiada y menos decidida en la sentencia emitida por la A quo, por las obvias razones ya descritas y definidas. Razones suficientes para desestimar el recurso de alzada por activa en este aparte.

Establecido lo anterior, debe estudiarse la excepción de prescripción, frente a lo cual debe decirse que al tenor de lo establecido en los artículos 488 y 489 del CST en concordancia con el artículo 151 del CPTSS, la excepción de prescripción no está llamada a prosperar, en el caso de la accionada COLPENSIONES en el entendido que las incapacidades se causaron entre el 26 de septiembre de 2013 y el 29 de octubre de 2013, agotándose la reclamación administrativa según se evidencia en el expediente administrativo se efectuó el 14 de abril de 2015, la cual fue respondida el 11 de mayo de 2015 y como la demanda fue presentada el 06 de octubre de 2017 (fl. 107), siendo notificada efectivamente en los términos de que trata el artículo 94 del CGP, resulta claro que no se configuró la excepción de prescripción.

Igual ocurre respecto de la accionada Manufacturas Eliot SAS, en la medida que las incapacidades se hicieron exigibles a partir del mes de noviembre de 2012 hasta el mes de mayo de 2014, al haberse reclamado tal derecho el 25 de mayo de 2015, dentro de los 3 años de que trata la normativa en cita y a que la presentación de la demanda también se efectuó dentro del trienio legal, es claro que tampoco se configuró el fenómeno prescriptivo y contrario a lo alegado por dicha empresa en la alzada, la demanda sí fue notificada conforme a las previsiones del artículo 94 en cita si en cuenta se tiene que la demanda fue admitida el 18 de junio de 2018 (fl. 145), habiéndose notificado Manufacturas Eliot SAS el 20 de febrero de 2019 (fl. 228).

Dichas incapacidades, tal como lo determinó la a quo, deberán ser indexadas al momento de efectuarse el pago, en aras de mantener el poder adquisitivo de la moneda colombiana

y paliar el efecto de la devaluación del peso colombiano. En ese orden, se confirmará la decisión de primera instancia.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diez y nueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA TERESA BERMUDEZ BELTRÁN contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Rad. 110013105-020-2019-00668-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las partes respecto de la sentencia proferida el 07 de octubre de 2020 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora MARIA TERESA BERMUDEZ BELTRÁN pretende que se declare que el señor JAIRO EMILIO MORENO SUÁREZ dejó causado el derecho de pensión de sobrevivientes, que como consecuencia de lo anterior se le reconozca como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes; se condene a COLPENSIONES al pago de las mesadas pensionales de la pensión de sobrevivientes, liquidadas de la manera que determine la ley desde el 20 de abril de 1995 hasta la fecha, así como las que se causen durante el proceso hasta que se incluya en nómina, que se condene a COLPENSIONES a pagar intereses moratorios o en su defecto a la indexación, finalmente que se condene a COLPENSIONES a incluirla en la nómina de pensionados, más las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el señor JAIRO EMILIO MORENO SUÁREZ, falleció el 20 de abril de 1995, cuando se encontraba afiliado al RPM por el ISS, hoy COLPENSIONES; que convivió con el causante en calidad de cónyuges

desde su matrimonio celebrado el 28 de junio de 1980; que al momento del deceso del señor JAIRO EMILIO MORENO SUÁREZ aún convivían; mencionó haber solicitado la pensión de sobrevivientes ante el ISS hoy COLPENSIONES, entidad que mediante resolución No 000759 de 2001 la negó bajo el argumento que el causante no reunía los requisitos exigidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, pero le reconoció la calidad de beneficiaria del causante y le otorgó la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes. Asu vez, indicó que el señor JAIRO MORENO SUÁREZ se encontraba activo al sistema del antiguo ISS y tenía más de 26 semanas cotizadas al momento del fallecimiento, además, dentro del año inmediatamente anterior a su fallecimiento, esto es, del 20 de abril de 1994 al 2 de abril de 1995, reunía 26 semanas (fls. 2 a 9).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda, toda vez que, en el presente caso, de acuerdo con la historia laboral del causante, no se cumple con el requisito de las 26 semanas de cotización del año inmediatamente anterior al momento en sé que produjo su muerte, pues si bien, el señor JAIRO EMIRO MORENO SUARES registró un total de 124 semanas cotizadas, el año anterior a su fallecimiento no encontraba cotizando al sistema, y registro tan solo 22 semanas cotizadas, por lo que no es dable conceder la pensión de sobreviviente. Adicionalmente, señaló que dentro de la resolución No.000759 de 2001, en aplicación del artículo 49 de la ley 100 de 1993 a actora se le concedió indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes por que el afiliado no reunía los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, es decir, a la demandante ya se le reconoció una prestación económica con base a las cotizaciones realizadas por el fallecido JAIRO EMIRO MORENO, generándose una incompatibilidad con la pensión de sobreviviente solicitada en la demanda. Propuso como excepciones de mérito las de «prescripción», «inexistencia del derecho reclamado», «cobro de lo no debido», «buena fe de Colpensiones», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «carencia de causa para demandar», «compensación», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (fls. 23 a 27).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 07 de octubre de 2020, declaró que la señora MARIA TERESA BERMUDEZ BELTRÁN tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor JAIRO EMILIO MORENO SUÁREZ, a partir del 20 de abril de 1995, condenando a

COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en cuantía del SMLMV, junto con los reajustes anules, a partir del 10 de septiembre de 2010 en virtud de haber declarado probada la excepción prescripción. Declaró probada la excepción de compensación, ordenando compensar el valor reconocido a la actora por concepto de indemnización sustitutiva en suma de $1.264.242; condenó a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas desde el 10 de septiembre de 2016, hasta el momento que se verifique su pago.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que no existía mayor controversia sobre la calidad del afiliado el señor JAIRO EMILIO MORENO SUÁREZ al ISS hoy COLPENSIONES. Indicó que el afiliado no se encontraba cotizando al sistema al momento del deceso, por lo que debía haber cotizado 26 semanas durante el año anterior del deceso, situación que se cumplió, toda vez que conforme a la historia laboral aportada por COLPENSIONES se evidenciaba un total de 186, o sea, 26.57 semanas, por tanto, había lugar al reconocimiento pensional, pues encontraba acreditada la calidad de cónyuge de la actora, toda vez que la pasiva aceptó la calidad de beneficiaria de la demandante mediante en sede administrativa, en la cual negó la pensión de sobrevivientes y otorgó a la demandante la indemnización sustitutiva, aunado a las declaraciones extra proceso y el interrogatorio rendido por la actora; en tal sentido, indicó que en virtud de la excepción de compensación, debía descontarse del retroactivo el valor pagado a la actora por concepto de indemnización sustitutiva de dicha prestación. En cuanto a la excepción de prescripción, sostuvo que operó respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 10 de septiembre de 2016, tres años antes de la presentación de la demanda. En cuanto a los intereses de mora, señaló que accedía a los mismos, toda vez que la demandante sí tenía derecho a la prestación desde el primer momento e hizo la reclamación de forma oportuna, sin que hubiese motivo para que Colpensiones la negara.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación de manera parcial, respecto del numeral 3° de la sentencia, en cuanto declaró probada la excepción de compensación y autoriza a Colpensiones descontar el valor reconocido de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes de forma indexada, por cuanto ello genera una grave afectación al patrimonio dela actora, pues ya se está viendo afectada por la prescripción de sus mesadas pensionales y que si bien la indexación de sumas de dinero se ha dirigido como una forma de contrarrestar la devaluación de la moneda, también lo es que la aplicación de dicha figura debe ser morigerada cuando se trata de sumas de dinero que se reciben de buena fe, en tanto implicaría obligar a quien recibe de buena fe estas sumas de dinero, asumir la pérdida del poder adquisitivo de algo que recibió

por error de la administración. Solicita que, en caso de ordenarse descontar la indemnización, no se realice de forma indexada por afectar el patrimonio de la actora.

El apoderado de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSONES presentó recurso de apelación, arguyendo para tal efecto que a la actora se le reconoció la calidad de beneficiaria pensional del causante, sobre la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, ya que, no se cumplía con los requisitos para aspirar a la pensión de sobrevivientes, toda vez que el causante no cuenta al momento con el dinero ni semanas cotizadas en la cuenta de su compañero permanente (sic), lo cual se ratificó en la voluntad de la actora al aceptar la devolución de saldos (sic), por lo tanto es improcedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, lo cual conllevaría a un detrimento patrimonial del estado afectando la sostenibilidad financiera del sistema, dado que no se cuenta con dineros si semanas que soporten tal reconocimiento. De igual modo, adujo se encuentra prescrita la oportunidad para solicitar el reconocimiento, pues no debió retirar los dineros al momento que le fue negado el reconocimiento pensional. Además, con la condena en costas se presenta un detrimento patrimonial al fondo, pues ya se está reconocimiento una pensión que no se soporta en ningún saldo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte accionada presentó alegatos en similares términos a los indicados en la alzada, solicitando principalmente, que se revoque la decisión de primer grado. La parte actora alegó en similares términos a la sustentación de su alzada.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de COLPENSIONES y el recurso de apelación así formulado, si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; de ser así, se estudiará la procedencia de los intereses moratorios fulminados y, por último, si es viable o no acceder a la devolución de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes indexada por parte de la actora, dando alcance al recurso de apelación por ella presentado.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico, debe advertirse que se acreditó que el causante JAIRO EMILIO MORENO SUÁREZ falleció el 20 de abril de 1995 según se evidencia en el Registro Civil de Defunción visto a folio 10; lo que permite determinar que la norma

vigente para la fecha de su deceso lo fue el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, norma que exigía en torno al número de semanas para dejar causada la prestación en favor de los derechohabientes, «Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte»; o «Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte».

Al respecto, se evidencia que de acuerdo a la historia laboral aportada al expediente actualizada al 24 de septiembre de 2020 (fls. 64 y 65), el causante para las calendas en que ocurrió el fallecimiento no se encontraba cotizando pues su última cotización data del ciclo de marzo de 1995, por tanto, se ubica en el segundo supuesto normativo debiendo cotizar 26 semanas en el año inmediatamente anterior, en el caso concreto, entre el 20 de abril de 1995 y el 20 de abril de 1994. Para tal efecto se observa en ese lapso de tiempo un total de 186 días, que se derivan de lo cotizado por el empleador INVERSIONES LA CANADÁ del 01 de febrero de 1994 al 31 de julio de 1994 (103 días) y del mes de enero de 1995 por 23 días, más 60 días de los meses de febrero y marzo de 1995. Lo anterior, equivale a 26,57 semanas, de modo que se configuró el supuesto normativo antes mencionado, lo cual da lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes aquí solicitada.

Ahora bien, en lo que al requisito de convivencia se refiere, debe señalarse que la calidad de beneficiaria fue reconocida por la demandada y tampoco la discutió en el proceso, a través de la Resolución No. 000759 de 2001 del ISS, hoy COLPENSIONES, donde se le concedió la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge beneficiaria del de cujus (fl. 11 a 13), siendo el único argumento para negar la prestación periódica por sobrevivencia que aquí se reclama, el hecho de no haber reunido el causante el número de semanas requerido para tal fin. De ahí que al haber quedado demostrada la convivencia en común entre la actora con el fallecido por la vía administrativa, se considera que le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y en tal virtud, se confirmará la decisión de primer grado, que arrimó a similares conclusiones.

Con lo anterior, resulta suficiente para descartar los argumentos de la parte accionada, sin embargo, no sobra advertirle que tal como lo ha considerado Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el hecho de que se haya recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, incluso, la de la pensión de vejez por parte del afiliado fallecido, es una circunstancia para nada impide que los derechohabientes de la pensión

de sobrevivientes que se causa por la muerte del asegurado, la reclamen con el lleno de los requisitos legales exigidos para la viabilidad de esa contingencia.

Frente al monto de la prestación, que fue concretada en la sentencia de primer grado sobre el S.M.M.L.V., habrá de confirmarse, como quiera que ello no fue objeto se apelación por la parte actora y, concordancia con el inciso 3° del artículo ibídem y el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, no es posible disponer un valor inferior.

Se confirmará lo atinente a la fecha en que se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, pues de conformidad con los artículo 488, 489 del CST y 151 del CPTSS, las mesadas causadas con anterioridad al 10 de septiembre de 2016, toda vez que la demandante presentó la reclamación administrativa el 19 de abril de 1996 (fl. 42), y la demanda fue presentada el 10 de septiembre de 2019 (fl. 19), con lo cual resulta un retroactivo pensional sobre 14 mesadas anuales, comprendido entre el 10 de septiembre de 2016 y 28 de febrero de 2021, que asciende a $50.635.905, sin perjuicio del que se cause en lo sucesivo, razón por la cual, se modificará la decisión en la medida que el juez a quo no concretó la condena.

RETROACTIVO 14 MESADAS

DESDE	HASTA	No. MESADAS	VALOR MESADA	TOTAL
10/09/2016	31/12/2016	4,70	$689.455,00	$3.240.439
1/01/2017	31/12/2017	14,00	$737.717,00	$10.328.038
1/01/2018	31/12/2018	14,00	$781.242,00	$10.937.388
1/01/2019	31/12/2019	14,00	$828.116,00	$11.593.624
1/01/2020	31/12/2020	14,00	$877.803,00	$12.719.364
01/01/2021	28/02/2021	2,00	$908.526,00	$1.817.052
			TOTAL	$50.635.905

Igualmente, se mantendrá incólume la autorización a COLPENSIONES de descontar del retroactivo causado, lo que el I.S.S. le canceló a la demandante por concepto de indemnización sustitutiva en la suma de $1.264.242, la cual, tal y como lo ordenó el a quo, deberá ser debidamente indexada al momento de hacerse efectivo, tal como lo ha considerado la H. Sala Laboral de la CSJ, entre otras muchas en sentencia SL9769-2014, por lo que no tiene vocación de prosperar lo manifestado en tal sentido por la parte actora.

Frente a la imposición de los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que en la sentencia SL2994-2019 Rad. 77729, la HCSJ SCL indicó sobre excepciones a la imposición de intereses moratorios, precisando que se «ha descartado la imposición de intereses moratorios en dos situaciones muy específicas que no corresponden a las del sub lite. El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014). Y, el segundo, cuando la actuación de la AFP estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación, y después se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de

origen jurisprudencial, como por ejemplo el principio de progresividad (CSJ SL787-2013)», circunstancias que no ocurren en el caso que nos ocupa, donde la entidad demandada en su momento no reconoció la prestación pese a que, como se pudo ver, el causante sí había dejado configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes, aspecto que incluso se denota de la hoja de prueba para calcular la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, que tuvo en cuenta los días que configuraban el derecho a la prestación, por lo cual no existe justificación para que no proceda ésta condena. En tal sentido, tal y como lo explicó el a quo, en aplicación de la excepción de prescripción se encuentran prescritos los intereses causados con anterioridad al 10 de septiembre de 2016, siendo procedentes los mismos a parte de esta fecha.

Respecto a la condena en costas, debe indicarse que de conformidad con el artículo 365 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión del art. 145 del CPT y SS, la condena en costas procede respecto a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto, por lo que bajo esas premisas, corresponde fijarlas a cargo de COLPENSIONES, por resultar condenada en la presente causa.

Finalmente, se adicionará la decisión en el sentido de autorizar a COLPENSIONES para que del retroactivo pensional realice el descuento de las sumas que correspondan con destino al sistema de seguridad social en salud de conformidad con lo reglado por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

En virtud de los argumentos expuestos, se adicionará la decisión de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que el retroactivo pensional causado entre el 10 de septiembre de 2016 y el 29 de febrero de 2021, asciende a la suma de $50.635.905, sin perjuicio del que se cause en lo sucesivo, conforme se consideró en precedencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar del valor del retroactivo pensional, los

valores que correspondan con destino al sistema de seguridad social en salud, conforme se consideró en precedencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. - SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de GUSTAVO COSSIO RODRÌGUEZ contra el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, Rad. 110013105-038-2018-00268-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES

El señor GUSTAVO COSSIO RODRÌGUEZ, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA es la entidad obligada al pago de la pensión causada a su favor, por el tiempo prestado al hoy extinto FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA; en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de la indexación de su primera mesada pensional a partir del 16 de julio de 1984, con base al IPC, certificado por el DANE y en aplicación de la fórmula única de indexación fijada por la justicia ordinaria laboral; igualmente, se le condene al pago por los derechos de la Ley 6ª de 1992, concordante con su Decreto Reglamentario No. 2108, del mismo año y se le condene al reconocimiento y pago de las diferencias resultantes. Finalmente, se condene al accionado a las costas procesales.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató que sostuvo relación laboral con el demandado en calidad de trabajador oficial y desempeñando como último cargo el de celador 2; la prestación de su servicio inició el 10 de agosto de 1970 hasta el 16 de julio de 1984, consolidando una antigüedad de 13 años, 03 meses y 17 días, en el sector oficial. Que, para el día de terminación de la relación laboral, obtuvo un salario promedio de

liquidación por $36.231.87. De otro lado, el motivo de su desvinculación fue porque obtuvo pensión de invalidez. Por lo anterior, reclamó ante el accionado la indexación de su primera mesada pensional; no obstante, fue rechazada. A su vez, reclamó los derechos de la Ley 6ª de 1992 que igualmente fueron negados. Sin embargo, sostiene que es beneficiario del régimen de transición, por lo que tiene derecho a que su pensión se liquide con base en normas jurídicas anteriores a la Ley 100/1993 (fls. 01 a 05).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA al haber contestado de forma extemporánea, mediante auto del 19 de marzo de 2019, se tuvo por no contestada. Por lo anterior y en defensa de los intereses de la Nación, el juzgado de conocimiento ordenó notificar al Ministerio Público-Procuraduría Delegada en lo laboral para que si a bien lo tiene comparezca al proceso (Fl.46).

Entidad que, una vez notificada, sostuvo que no podía afirmar u oponerse ante el eventual derecho, pero si adujo que el Juez de instancia para amparar las pretensiones de la demanda, debía fundarse en los hechos y pretensiones señaladas en la demanda, así como la respuesta que elevó la accionada. Como excepciones de fondo, propuso las de «inexistencia de la obligación», «prescripción» y «excepción genérica o innominada».

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020, el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que no era viable la indexación de la primera por cuanto, entre el retiro del servicio que ocurrió en el mes de julio de 1984 y el reconocimiento pensional que lo fue a partir de esa misma, no transcurrió un tiempo en virtud del cual pudiese deducirse que el IBL se vio afectado por los efectos de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y que diese lugar a la prosperidad de las suplicas de la demanda relacionadas con la indexación del IBL. Respecto a la solicitud de reajustes pensionales de la Ley 6ª de 1992, se remitió a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral para concluir que al actor efectivamente para los años de 1993 a 1995, se le efectuaron reajustes pensionales del 25.3%, 21.9% y 22.59%, motivo por el cual no encontró alguna diferencia puntual respecto de los aumentos de salarios a los que alude tanto la Ley 6ª de 1992 ni el Decreto 2108/1992 que ameriten un reajuste pensional; efectuándose los incrementos correspondientes, pero sin lugar a deducir diferencias a favor del demandante con respecto al valor de su mesada pensional.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, arguyendo, en síntesis, que con base a la Resolución 0973 de octubre de 1984, al actor se le reconoció la pensión, sin embargo, la demandada no hizo la correspondiente indexación conforme al método aritmético que autoriza normalmente la justicia laboral; por el contrario, tomó como IBL el último salario determinado y lo fue indexando año a año, aplicando el IPC del DANE, incluyendo además factores salariales de la Ley 100 de 1993 cuando el derecho a que gozaba el actor, tenía fundamento en normas anteriores a la referida Ley. Además, no se tuvieron en cuenta las diferentes sentencias citadas en la demanda, donde se ha tenido el favorecimiento en casos como los que aquí se debaten.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora alegó solicitando la revocatoria de la decisión de primera instancia. La parte accionada guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación en los términos del artículo 66A del CPTSS, determinar si en el presente proceso hay lugar a la indexación de la primera mesada pensional del demandante.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico, es necesario indicar que se acreditó en el proceso que mediante la Resolución No, 0963 del 29 de octubre de 1984, se reconoció la pensión de invalidez al demandante, señor PEDRO LINO RODRÍGUEZ RÍOS, a partir del 16 de julio de 1984, fecha de retiro del servicio (fls. 7-8), en cuantía del 60% del salario devengado en el último año de servicios, prestación que por demás tiene el carácter de convencional.

Ahora bien, en cuanto a la indexación de la primera mesada pensional, debe tenerse en cuenta que la H. Corte Constitucional en Sentencia SU-1073 de 2012, de manera enfática zanjó cualquier tipo de controversia, respecto de la aplicación de la indexación sobre mesadas pensionales, al señalar que la misma es aplicable a todas las pensiones, incluso a aquellas que fueron reconocidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, en la medida que sí no se procede conforme se señaló, se presentaría una vulneración de los principios constitucionales que integran la seguridad social. Criterio que igualmente fue adoptado por la Sala de Casación Laboral, a partir de

la sentencia del 30 de agosto de 2011, Radicación 41852, ello, porque la pérdida del poder adquisitivo de la moneda afectaba a todas por igual y al referirse respecto de lo indicado por su homóloga Constitucional (Ver entre otras muchas la CSJ SL5152-2018).

De igual manera, mediante las sentencias CSJ SL4462-2019 y CSJ SL3283-2019, el Alto Tribunal indicó que es improcedente la indexación de la primera mesada pensional cuando la prestación se comienza a disfrutar al día siguiente del retiro del servicio, bajo el entendido que el ingreso base de liquidación de la pensión no ha sufrido la pérdida del poder adquisitivo y no ha transcurrido tiempo entre la terminación del vínculo y el disfrute de la prestación.

Así las cosas, la indexación del IBL de la pensión, corresponde a la actualización del valor devengado al finalizar la relación laboral a la fecha de causación del derecho pensional, pese lo anterior, se advierte que a la parte actora no le asiste derecho a su reconocimiento, como quiera que el señor GUSTAVO COSSIO RODRÍGUEZ, finalizó su vinculación laboral el 15 de julio de 1984 conforme se advierte de liquidación de prestaciones sociales obrante a folio 12 y la pensión de jubilación le fue reconocida, como y se indicó, a través de la resolución 0963 del mes de octubre de la misma anualidad, aclarando que la misma, se reconoció a partir del 16 de julio de 1984, por lo tanto, fue pensionado desde el momento mismo en que se desvinculó del cargo como trabajador oficial de la extinta empresa de ferrocarriles, por lo que en forma palmaria se colige que el no tenido que soportar el paso del tiempo entre el momento en que se retira del servicio y el momento en que recibe la mesada pensional, como tampoco que se hubiera presentado mora por parte de la entidad en el pago de la misma, pues por lo menos esa no fue su pretensión.

Conforme a lo anterior, se agota la competencia por parte de esta instancia, según lo delimitado por el apelante, al cual advierte la Sala que lo planteado en los alegatos de conclusión presentados en torno a que no se tuvieron en cuenta al momento de reconocerse la prestación factores salariales como bonificaciones, horas extras y festivos, no resultan de recibo en la medida que ello ni siquiera fue expuesto en el libelo inicial y por supuesto, no fue objeto de debate en primera instancia. De modo que, plantearlo en este estadio procesal resulta por lo mínimo atentatorio del debido proceso respecto de la contraparte, sorprendiéndola con estos novísimos argumentos y pedimentos.

Corolario de lo brevemente expuesto hasta aquí, ello resulta suficiente para confirmar la decisión adoptada en primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia

en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de JUAN PABLO ORJUELA VEGA contra SUMINISTRAMOS RECURSOS HUMANOS TEMPORALES - SUMITEMP S.A.S. Rad. 110013105-029-2019-00171-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES

El señor JUAN PABLO ORJUELA VEGA, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de SUMINISTRAMOS RECURSOS HUMANOS TEMPORALES - SUMITEMP S.A.S., a fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo, que fue terminado ilegalmente, en consecuencia, se ordene a la accionada efectuar el reintegro, más el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, las indemnizaciones correspondientes por el despido ilegal de persona en estado de discapacidad, la indexación de dichas sumas, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que trabajó para la demandada desde el 09 de septiembre de 2013 hasta el 10 de abril de 2016 y que el 01 de abril de 2016 fue obligado a firmar un nuevo contrato con una remuneración inferior. Agregó que es paciente de VIH positivo y que la accionada conocía de tal situación. Que encontrándose en estado de discapacidad presentó renuncia al sentirse

acosado y maltratado por la accionada, la cual fue aceptada sin reparo alguno por parte de aquella (Fls. 30 a 42).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La empresa demandada SUMINISTRAMOS RECURSOS HUMANOS TEMPORALES S.A.S.-SUMITEMP S.A.S. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que la relación laboral descrita por el actor no corresponde a la realidad, en tanto, el demandante fue un trabajador en misión, en virtud de un contrato de trabajo por la duración de la obra o labor, al tenor de lo establecido en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990. Agregó que el accionante fue enviado como trabajador en misión a prestar sus servicios temporales en el Patrimonio Autónomo de Remanentes de la Comisión Nacional de Televisión y en la Fiduagraria S.A. Administrador del Encargo Fiduciario Fondo Nacional del Ganado, de conformidad con los contratos comerciales de suministro de personal celebrados con dichas empresas usuarias. Adujo que en las terminaciones efectuadas nunca violó la normatividad laboral, puesto que los dos primeros contratos celebrados con la usuaria Patrimonio Autónomo De Remanentes De La Comisión Nacional De Televisión finalizaron por la terminación de la obra o labor contratada, mientras que el último contrato concluyó por la renuncia voluntaria del accionante. Aunado a ello, manifestó que el demandante no cumplía con los presupuestos para gozar del fuero de estabilidad laboral reforzada, así como tampoco era discapacitado por no estar incapacitado, ni tener restricciones médicas, ni una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%. Asimismo, afirmó que el actor nunca notificó sobre alguna limitación de salud. Resaltó que cumplió con todas las obligaciones a su cargo durante la celebración, ejecución y terminación del contrato. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación, falta de causa», «cobro de lo no debido», «pago», «buena fe», «prescripción», «compensación», «mala fe de la parte actora-buena fe de la demandada», «carencia del derecho sustancial», «abuso del derecho del demandante» y «excepción genérica» (Fls. 57 a 65).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 30 de noviembre de 2020, absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas por el demandante, y no condenó en costas.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que encontró acreditado que las partes suscribieron tres contratos de trabajo, el primero desde el 09 de septiembre de 2013 al 26 de abril de 2015, el segundo del 30 de abril de 2015 al 31 de marzo de 2016 y el tercero del 1 de abril de 2016 hasta el 10 de abril del mismo año, por lo que consideró que no se puede declarar la existencia de un solo contrato. En relación a la estabilidad laboral reforzada, manifestó que el desarrollo jurisprudencial en torno al tema amplió el ámbito de protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, dando cabida no solo a las personas en situación de discapacidad sino a quienes ven afectada su salud, están incapacitados o se encuentran en un estado de debilidad manifiesta y aseveró que los pacientes de VIH gozan de una protección especial en lo laboral con la finalidad de evitar que sufran discriminación. Así las cosas, consideró que se debía analizar si la terminación del contrato había sido motivado por el padecimiento del demandante. En ese sentido, advirtió que no se acreditó que la finalización del contrato se hubiera dado con ocasión a la enfermedad padecida por el actor, máxime cuando ni siquiera se probó que la accionada conocía de tal padecimiento puesto que no era su obligación incluir el examen de VIH en los estudios médicos que se realizaron para el ingreso a la empresa, siendo así, solo podía conocer del estado de salud del demandante si aquel se lo comunicaba pero no lo hizo. Recordó que la renuncia fue simple, sin motivación alguna sobre acoso, discriminación o persecución laboral en su contra y que de acuerdo, al interrogatorio de parte rendido por el demandante, quienes conocían de su estado de salud eran JOSE CONRADO y MAURICIO RAMOS, trabajadores de la Comisión Nacional de Televisión una de las empresas usuarias, es decir, personas ajenas a la accionada. Resaltó que el actor no allegó prueba alguna de la enfermedad psicológica que manifestó se le había desarrollado a partir de la discriminación en su trabajo y lo había llevado a renunciar, pues, no aportó ni siquiera una prueba sobre algún control psicológico al que haya asistido que permitiera deducir que no estaba en el pleno uso de sus facultades mentales para presentar la renuncia. Concluyó que no es posible conceder las pretensiones del actor, pues el contrato no fue terminado por iniciativa de la accionada, ni se probó que la renuncia estuviera motivada por actos discriminatorios en su contra, más aún cuando la empleadora ni siquiera conocía su estado de salud.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del demandante presentó recurso de apelación donde solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando para tal efecto que en primer término solo existió una relación laboral, de conformidad con el principio de primacía de la realidad, aunado a que la

jurisprudencia de la CSJ ha reiterado que para que se pueda hablar de diferentes contratos laborales celebrados con un mismo empleador, es menester que existan rupturas superiores a los 15 o 30 días, presupuesto que no se cumplió en el presente caso, por cuanto se terminaba un contrato y al otro día celebraba otro. En relación a la estabilidad laboral reforzada adujo que según la norma, la protección implica no solo el despido sino también la terminación del contrato sin perjuicio de la parte que lo haya dado por finalizado, en ese sentido, a su juicio, la aceptación de la renuncia por parte de la demandada constituye la terminación de que trata la ley. Agregó que de acuerdo a los pronunciamientos recientes de la jurisprudencia, la renuncia efectuada por un trabajador que padece depresión o problemas de salud mental, no es válida, que por ello, aportó la historia clínica del actor en la que se evidencia que es paciente de VIH positivo y de depresión, enfermedades que padecía al momento de la terminación del contrato. Adicionalmente, afirmó que es sospechoso que la empresa no conociera el estado de salud del demandante por cuanto laboró allí durante seis años. Recordó que la posición garantista de la Corte Suprema Justicia y la Corte Constitucional ha llegado a establecer que cuando una persona con un padecimiento como el del actor presenta la renuncia, debe ser el Ministerio del Trabajo quien autorice la terminación del contrato. Expuso que desborda los parámetros de la sana crítica, el hecho de exigirle al demandante que pruebe la discriminación que sufrió, dado que por su condición mental no vio más salidas que acabar el contrato sin hacer reparos sobre la situación de la que era víctima. Arguyó que es violatorio del derecho laboral, desligar la responsabilidad de la accionada argumentando que la empresa usuaria era quien conocía el estado de salud del demandante y que como aquella no le informó a la empleadora, no hay responsabilidad de su parte.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el apoderado judicial de la demandada presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados durante el libelo contestatorio, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. Por su parte, la parte actora guardó silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, a esta Corporación por cuestión metodológica le corresponde, en principio, como primer problema jurídico, determinar si en el presente caso existió

una sola relación de trabajo entre las partes, desde el 9 de septiembre de 2013 hasta el 10 de abril de 2016, o si por el contrario existieron 3 relaciones laborales independientes. En segundo lugar, establecer si se configuró o no un despido indirecto, en caso afirmativo, determinar si hay lugar al reintegro y a la indemnización contemplada en el art. 26 de la Ley 361 de 1997.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en esta instancia judicial no se discute que entre las partes existió un contrato de trabajo desarrollado entre el 9 de septiembre de 2013 hasta el 10 de abril de 2016, donde además resaltó que el mismo había terminado como consecuencia de la renuncia presentada por el demandante, pues así lo consideró el juez a quo y no fue objeto de debate por el recurrente, por lo tanto, dichos aspectos en los términos del principio de consonancia contemplado en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S. se mantendrán incólumes.

Así las cosas, se proceden a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS.

- INTERROGATORIO MARTHA LUCIA GALVIZ PASTRANA, Representante Legal de SUMITEMP LTDA, señaló que la relación con el demandante, fue como empresa de servicios temporales la cual contrató al Sr. JUAN PABLO HENAO SALCEDO, como trabajador en misión en 3 ocasiones, que fueron para la Comisión Nacional de Televisión en liquidación en 2 ocasiones, y Fiduagraria en la tercera ocasión, para trabajar en el Fondo Nacional del Ganado en liquidación. Indicó que el salario del actor para la finalización del último contrato de trabajo fue de $1’200.000. Referente al estado de salud del demandante, dijo que la empresa lo supo al conocer de la demanda, pues antes de ello no hubo ningún tipo de información oficial o extra oficial a la empresa, tanto así que para los tres contratos hubo examen de ingreso, y en ninguno de ellos el Sr. HENAO manifestó que tuviese problemas de salud de los que ahora ha comentado, ni tampoco recibió ninguna incapacidad o recomendación relacionada con la salud, ni por parte de él ni de la empresa usuaria; igualmente, agregó que nunca conoció de unos conceptos de aptitud del actor que demostraran una situación anómala en su salud. Aclaró que el actor no se presentaba a los exámenes de egreso, a pesar de que la empresa la dio la orden de asistir, más no puede obligar al trabajador a que

lo haga. En lo que tuvo que ver con las terminaciones de los dos primeros contratos de trabajo, señaló que lo fue por causales objetivas, dado que la usuaria comunicó la finalización de la obra, y en el tercer contrato lo fue por renuncia voluntaria del actor.

- INTERROGATORIO DE PARTE JUAN PABLO HENAO SALCEDO: Señaló que suscribió contrato de trabajo con SUMITEMP LTDA, para prestar sus servicios en la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. Que como era un empleado de confianza, le decían que no aportara las incapacidades y que se fuera recuperando poco a poco. Señaló que para la finalización del contrato, estuvo incapacitado largo tiempo, y que le pidió al Señor MAURICIO RAMOS que lo dejara quedar dos meses más mientras el buscaba trabajo, porque el trabajo ahí no había terminado. Dijo que cree que esto fue así por su condición, que empezó a sentirse un poco rechazado, con la taza del café y cosas como esas que aún no supera. Adujo que tenía un jefe inmediato que era el doctor JOSE CONRADO (COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN), quien sabía toda su situación; que en SUMITEMP LTDA, les dijo que estaba enfermo y que tenía una enfermedad terminal y que incluso una Cooperativa que tienen le regaló $700.000 para una medicina. Afirmó que llevó a SUMITEMP LTDA, «algo» para que se dieran cuenta que estaba enfermo y le dieran el dinero para la compra de la medicina y como se trata de una enfermedad en la que lo discriminan todo el tiempo, trató que nadie supiera y lo ocultó, pero que sus jefes inmediatos de la COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN sí lo sabían. Finalmente, en cuanto a la renuncia, señaló que se encontraba preparado para ganar un buen salario, pero que había terminado ganando $1’000.000, que no podía trabajar debido a que estaba enfermo y que además sintió rechazo y discriminación, que nadie le decía nada, que lo sentaron en un puesto que era de la secretaria; indicó que decidió quedarse esa semana pero que la medicina no le ayudaba, que comenzó a sentir ataques de pánico y desarrolló una enfermedad mental a raíz de eso y por eso renunció, pero que para ese momento no dio a conocer las razones que hoy expone ante el Despacho.

Con el ánimo de resolver el intríngulis suscitado, parte la Sala por advertir que la mencionada presunción por ser de carácter legal, admite prueba en contrario, por lo que de las documentales aportadas al proceso estima la Sala desde ya que se desvirtuó el hecho de que la relación laboral fue una sola sin solución de continuidad desde el 9 de septiembre de 2013 hasta el 10 de abril de 2016, como se indicó en la demanda. Ello es así porque en efecto, como bien lo precisó la Juez A quo, existieron tres

contratos de trabajo así: del 9 de septiembre de 2013 hasta el 26 de abril de 2015; del 30 de abril de 2015 a 31 de marzo de 2016; y de 1 de abril de 2016 a 10 de abril de 2016, de lo anterior se aportaron distintas documentales que a más de dar cuenta que el actor prestó sus servicios para SUMITEMP LTDA, en diferentes fechas en calidad de Profesional de Área Administración y Asistente administrativo, fueron aportados los contratos de trabajo por duración de la obra visibles a folios 10-11, 16-17, 22-23, 80-85, e igualmente terminación de contrato de trabajo por finalización de la obra a folios 15, 92 y 95, y renuncia del actor y su aceptación a folios 8-9 y 98.

En ese orden de ideas, conforme al acervo probatorio estudiado es evidente que si bien el apoderado del demandante señaló que este laboró para SUMINISTRAMOS RECURSOS HUMANOS TEMPORALES SUMITEMP LTDA, en una sola relación laboral entre el 9 de septiembre de 2013 y el 10 de abril de 2016, lo cierto es que la prueba documental antes analizada permite desvirtuar dicha presunción, porque está claro que el actor no prestó sus servicios por todo ese lapso, sino que se trató de 3 relaciones laborales, independientes una de la otra y finalizadas en debida forma.

DESPIDO INDIRECTO

Ahora bien, en cuanto a la resolución del problema jurídico concerniente a la figura del despido indirecto, y como ya se expuso fue la parte demandante quien puso fin al contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ, en sentencia SL 16561 de 2017, ha señalado que es la parte demandante quien tiene la carga de probar las razones sobre las cuales da por terminado el vínculo contractual, sentencia que además trae a colación las decisiones con radicados 414900 de 2011 y 18344 de 2016 con relación a posiciones similares la cual expone.

> «El despido indirecto o auto despido producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST y, aunque, en principio se ha señalado que al trabajador le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso también le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador; pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él le corresponde el deber de probarlos; situación muy diferente aconteces cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando

> justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (CSJ SL, 22 abr. 1993 rad. 5272, reiterada en sentencia CSJ SL, 9 ago. 2011, rad. 41490 y CSJ SL18344-2016)».

Así las cosas, se aprecia para tal efecto que las partes aportaron documento a folios 9 y 98, que refiere a la renuncia de fecha 1 de abril de 2016, en los siguientes términos:

> «Señores
> SUMITEMP
> Yo Juan Pablo Henao Salcedo identificado con la C.C. # 93.337.246 de Mariquita paso esta carta con el fin de comunicarles mi renuncia al cargo que vengo desempeñando como auxiliar administrativo en el Patrimonio Autónomo de Fedegan.
> Mi renuncia es a partir del día 10 de abril de 2016».

Asimismo, se encuentra aceptación de renuncia de fecha 10 de abril de 2016 (fls. 8), donde la demandada SUMITEMP LTDA, le manifestó aceptar su deseo de dimisión a su cargo como trabajador en misión en la Empresa FIDUAGRARIA S.A. ADMINISTRADORA E.F. F.N.G., a partir del 10 de abril de 2016, por lo que le informó que contaba con 5 días hábiles para la realización del examen médico de egreso.

Analizada la anterior documental, la Sala encuentra que el actor en su carta de renuncia no enunció somera o indiciariamente siquiera los motivos justificativos de su retiro, adicional a ello, tampoco se encuentran demostrados en el plenario los hechos que en el proceso alega, en especial los atinentes a las conductas de acoso y maltrató que refirió en el escrito de demanda, pues del mismo interrogatorio de parte rendido por el demandante se desprende que siempre fue reservado con su estado de salud, que solo dos personas conocían de esta situación y que al presentar su renuncia no expuso motivación alguna, por lo que no podría predicarse que estaba siendo maltratado.

En ese orden de ideas, la parte actora no logró demostrar, por lo menos, que lo denunciado a través de su escrito de demanda, tenga algún atisbo de certeza en los autos, como tampoco se acreditó que tuviera una limitación para desempeñar la labor que venía ejerciendo normalmente y mucho menos que el empleador conociera de

ella previo al momento de su finiquito laboral, para que entrase a operar la protección de la ley 361 de 1997, sin que sobre decir que el finiquito de su relación contractual obedeció a su propia manifestación de voluntad.

En efecto, no se aportó al proceso ningún medio probatorio que permitiera tener conocimiento sobre las condiciones de salud, evolución, tratamientos, terapias, incapacidades y condiciones en que trabajó el demandante cuando se terminó el vínculo laboral, sólo se aportó concepto de rehabilitación de fecha posterior a la terminación del contrato de trabajo (5 de julio de 2017), con diagnóstico de «Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida Estadio C3», pero en lo sucesivo, se itera no hay documento alguno que permita determinar un decaimiento en su estado de salud para la época y por supuesto que fuera de conocimiento por su empleador, de ahí que no haya lugar a estudiar la procedencia o no de la indemnización contemplada en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, por tratarse de un punto totalmente innecesario por elemental sustracción de materia.

En conclusión, considera la Sala que la parte demandante en términos generales no demostró, conforme a las reglas del artículo 167 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPT y de la SS, que tuviera derecho al reintegro y a la indemnización solicitada, pues en general la documentación que presentó sumado a su declaración de parte, no dan cuenta de los hechos que puso de presente en esta acción, máxime si se tiene que era su deber demostrar la razón de los dichos de su demanda.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 30 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. - SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de CARLOS JULIO FORERO SARMIENTO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Rad. 110013105-031-2020-00147-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la accionada COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de diciembre de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor CARLOS JULIO FORERO SARMIENTO, promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 24 de julio de 2008 bajo el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 81% del Ingreso Base de Liquidación -IBL- obtenido del promedio de cotizaciones efectuadas en los últimos diez (10) años. Asimismo, que se condene a COLPENSIONES al pago de intereses moratorios desde el 24 de julio de 2008, a lo ultra y extra petita, más las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que mediante Resolución 14438 del 20 de abril de 2006, el ISS, hoy COLPENSIONES reconoció pensión de vejez efectiva desde el 01 de mayo de 2006 en cuantía de $716.603, no obstante, fue modificada

por medio de la Resolución 9473 del 06 de marzo de 2007 que concedió la pensión de vejez por invalidez en monto de $683.455 desde el 14 de junio de 2005. Señaló que el 17 de junio de 2016 solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de la pensión especial de vejez, petición que fue acogida mediante Resolución GNR 215986 del 22 de julio de 2016, la cual estableció una tasa de reemplazo de 64.24% aplicando un IBL de $1.484.655, resultando una mesada pensional de $953.742 a partir del 17 de junio de 2013. Agregó que para el 12 de julio de 1995 cotizó al sistema general de pensiones 1.129 semanas, que cumplió los 60 años de edad el 24 de julio de 2008 y que para el 01 de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad. Por último, afirmó que el 05 de junio de 2019 elevó petición a COLPENSIONES solicitando el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición del Decreto 758 de 1990, empero la entidad negó el pedimento mediante Resolución SUB 178495 del 10 de julio de 2019 (fls. 4 a 10).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que al accionante le fue concedida pensión especial de vejez de conformidad con el parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 mediante Resoluciones No. 014438 del 20 de abril de 2006 y No. 9473 del 06 de marzo de 2017 con efectividad desde el 14 de junio de 2005 en atención al dictamen de la Junta de Calificación de invalidez de Bogotá y Cundinamarca que determinó una pérdida de capacidad laboral del 50.70% con fecha de estructuración el 14 de febrero de 2005, que la fecha de nacimiento del demandante es el 24 de julio de 1948 y que cotizó 1708 semanas equivalentes a 7.547 días laborados. Agregó que la entidad cumplió con sus obligaciones y en ese sentido, no es procedente el pago de intereses moratorios por cuanto solo tienen cabida cuando se presenta un incumplimiento injustificado por parte de la AFP en el otorgamiento de mesadas pensionales. Formuló como excepciones de fondo, las de «inexistencia del derecho y la obligación», «prescripción», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «buena fe» e «innominada o genérica» (CD fl. 39).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 11 de diciembre de 2020, el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez del demandante, tomando como monto de las mesadas, los siguientes guarismos: $1.274.506 para el 2016, $1.347.790 para el 2017, $1.402.915 para el 2018, $1.447.527 para el 2019 y $1.502.534 para el 2020. Condenó a COLPENSIONES a pagar la suma de $14.186.531 por

concepto de retroactivo pensional desde el 05 de junio de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2020, junto con los intereses moratorios y condenó a COLPENSIONES en costas.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que el demandante es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dado que para el 1° de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad y cotizó 1.078 semanas. En ese orden de ideas, adujo que la norma aplicable dentro del régimen de transición a la situación pensional del demandante es el Acuerdo 049 de 1990, porque siempre cotizó a COLPENSIONES y laboró en el sector privado, asimismo que el actor cumplió con los requisitos establecidos en esa normatividad para alcanzar el derecho pensional, esto es, cotizó más de 1000 semanas y cumplió 60 años de edad el 24 de julio de 2008, por lo cual verificó que para la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 el actor tuviera más de 750 semanas de cotización y encontró que para esa data tenía 1.078 semanas cotizadas. De otro lado, explicó, de acuerdo a la jurisprudencia de la SCL de la CSJ, el demandante conservó del régimen de transición los requisitos de edad, tiempo de servicio y tasa de reemplazo, no obstante el IBL que le corresponde es el establecido en la Ley 100 de 1993 dado que para la fecha de entrada en vigencia de la misma le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho y por ello la liquidación de la prestación debía realizarse conforme al inciso 3° del artículo 36 de la ley ibidem. Concluyendo de este modo, que debía liquidarse el IBL de toda la vida laboral, que correspondía a $1.448.246, cuya tasa de reemplazo aplicable era de 78%, por lo que el monto de la mesada era de $1.274.506 efectiva a partir del 05 de junio de 2016, para una diferencia pensional en la primera mesada de $198.447. En cuanto a la excepción de prescripción, recordó que el demandante elevó la última petición el 05 de junio de 2019 y presentó la demanda el 13 de marzo de 2020, es decir dentro de los tres (3) años siguientes a la reclamación, no obstante, declaró prescritas las mesadas pensionales anteriores al 05 de junio de 2016. Respecto a los intereses moratorios, condenó a su pago, por cuanto proceden en caso de una liquidación deficitaria sin importar la norma aplicable a la situación pensional del demandante, por lo que los fulminó a partir del 5 de junio de 2016.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, presentó recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia, tras considerar que no es dable dar trámite a la reliquidación pretendida, argumentando para tal efecto que mediante Resolución GNR215986 del 22 de julio de 2016, procedió a realizar la reliquidación a favor del actor teniendo en cuenta el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, dando como resultado una pensión mensual de $1.066.059, así mismo, señaló que en aplicación del artículo 34 de la Ley 100 de 1993 y del artículo 10 de la Ley 727 de 2003, se expidió la

Resolución SUB178495 de julio de 2019 donde se indicó que la mesada pensional bajo el régimen de transición sería inferior a la reconocida indexada a partir del 2016, esto es, de $1.222.179, menor al monto que recibe en la actualidad el demandante. Agregó que no es procedente el pago de intereses moratorios por no estar causados, dado que realizó lo correspondiente mediante las Resoluciones GNR2156 y SV178495 que se encuentran ajustadas a derecho.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos, el demandante en procura de que se confirme el fallo de primera instancia; y COLPENSIONES en similares términos a los de la alzada, solicitado que se revoque la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990; de ser así, determinar las condiciones y monto de la misma.

CONSIDERACIONES

Para resolver los problemas jurídicos planteados, sea lo primer indicar que por medio de la Resolución 014438 del 20 de abril de 2006, se le reconoció al demandante la pensión especial de vejez en los términos del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por padecer una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, cumplir 55 años de edad y por haber cotizado 1.076 semanas, en la medida que no cumplía con los requisitos de semanas para configurar la pensión de invalidez. Prestación que fue reconocida a partir del 01 de mayo de 2006 en cuantía inicial de $716.603 (fls. 16 a 18). Subsiguientemente, a través de la Resolución 009473 del 06 de marzo de 2007, se modificó la fecha de disfrute a partir del día 14 de junio de 2015, fecha de estructuración de su PCL, en cuantía de $683.455, por cuanto el asegurado se encontraba activo y no presentaba novedad de retiro en el sistema (fls 16 a 22 y CD fl. 54).

Posteriormente, a través de la Resolución GNR 215986 del 22 de julio de 2016, COLPENSIONES modificó el valor de la mesada a partir del 2013 en la suma de $953.742, decisión que fue confirmada mediante Resolución SUB 178495 del 10 de julio de 2019 (fls. 23 a 29).

De otra parte, conforme a la fotocopia de la Cédula de ciudadanía obrante a folio 12, se evidencia que el demandante nació el 24 de julio de 1948, es decir, que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad, específicamente con 45 años, lo que en principio lo hace beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la citada disposición legal.

Determinado lo anterior, debe advertirse que de conformidad con lo dispuesto por el Acto Legislativo 001 de 2005 en su parágrafo transitorio 4, el régimen de transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción de aquellos afiliados, que estando en dicho régimen, acrediten cotizadas 750 semanas a la fecha de vigencia de la citada reforma constitucional que ocurrió el 25 de julio de 2005. En ese orden, lo primero que se concluye es que el actor efectuó cotizaciones y laboró únicamente hasta el 31 de julio de 1995, además cumplió la edad de 60 años el 29 de julio de 2008, dentro del límite inicial para la extinción de dicho régimen, el cual en todo caso habría conservado hasta el 2014 en los términos del Acto Legislativo 001 de 2005, como quiera que de acuerdo al reporte de semanas cotizadas en pensiones (fl. 31) y lo informado en los citados actos administrativos, tenía cotizadas 1.078,14 semanas.

Ahora, el punto álgido que se suscitó en la primera instancia, y que corresponde revisar a esta Sala en atención a la apelación y la consulta que se surte a favor de Colpensiones, se concita en que, al actor se le reconozca y/o reajuste la pensión que ahora devenga en los términos del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta que en efecto es beneficiario del régimen de transición y cumplió con todos los requisitos allí concebidos para configurar la prestación por vejez.

Al respecto debe indicar que si bien es cierto al actor se le reconoció la pensión especial anticipada de vejez de persona inválida consagrada en el inciso 1° parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, norma que ciertamente flexibiliza el requisito de la edad para acceder a dicha prestación, como una medida que busca proteger y garantizar los derechos de las personas que se encuentran en situación de discapacidad. Empero, ello no obsta para que en virtud del principio de favorabilidad (art. 53 C.P), se de aplicación a la normativa que más le favorezca en materia pensional, por ser desde luego un derecho irrenunciable del afiliado. Es así que, resulta viable el estudio de la pensión bajó los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición haber efectuado cotizaciones al ISS, hoy COLPENSIONES, y de este modo, verificar si le resulta más favorable o no, que la pensión que actualmente ostenta.

Determinado lo anterior, conforme a lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990, se tiene que en efecto el demandante cumple con todos los requisitos exigidos en su artículo 12, en

la medida que cumplió la edad de 60 años desde el 29 de julio de 2008, al nacer el mismo día y mes del año 1948 (fl. 31), sumado al hecho de que acredita un total de 1.078 semanas, lo que da lugar a que sea aplicada una tasa de reemplazo del 78% en términos del parágrafo del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, sobre el IBL.

Sobre este último tópico, advierte la Sala que ede manera pacífica la H. Sala Laboral de la CSJ determinó que el cálculo del IBL de las pensiones concedidas por el régimen de transición, se determinan con base en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece que para quienes a 1º de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello. En caso de resultar más favorable el valor de la mesada pensional con base en todo el tiempo cotizado, se tomará éste, y así ha sido avalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[1].

En el evento de que al afiliado le faltare más de 10 años para adquirir la pensión a 1º de abril de 1994, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de vejez. A su vez, el inciso 2° de la citada regulación permite su cálculo con base en lo devengado durante toda la vida laboral, en caso de resultarle más favorable, pero para ello debe haber cotizado más de 1250 semanas[2].

En ese orden de ideas, acogiendo el anterior criterio jurisprudencial y normativo, se tiene que al haber cumplido el demandante la edad exigida por el Acuerdo 049 de 1990, en el año 2008, ello permite colegir que la causación del derecho se dio vencidos los 10 años contados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que permite concluir que la liquidación del IBL debe ser realizada de conformidad con lo reglado por el artículo 21 ibidem, situación que por la densidad de cotizaciones acreditada y aceptada por la demandada (1.071), viabiliza, realizar su cálculo con base en el promedio salarial devengado en los últimos 10 años, contabilizando descendentemente los 3.600 días de cotización.

En consecuencia, se procedió a realizar las operaciones de rigor, estableciéndose que para el año en que se causó el derecho, esto es, al 24 de julio de 2008, el cálculo arrojó un IBL de $1.234.126,87, al cual se le aplicó como tasa de remplazo el 78%, determinando una mesada pensional de $962.618,96 para el año 2008, según el siguiente cuadro contiene el cálculo efectuado:

[1] Sentencias del 23 de abril de 2003 Rad. 19459, la del 4 mayo de 2011 Rad.39127, entre otras.
[2] Sentencia 40552 del 1º de marzo de 2011.

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO COTIZADO	SBC	ÍNDICE INICIAL	ÍNDICE FINAL	DÍAS DEL PERIODO	SALARIO INDEZADO	IBL
DESDE	HASTA							
27/03/1979	30/06/1979	$ 9.480	1	0,800000	92,870000	96	1.100.510	$ 29.346,92
01/07/1979	31/10/1979	$ 11.850	1	0,800000	92,870000	123	1.375.637	$ 47.000,93
01/11/1979	31/12/1979	$ 14.610	1	0,800000	92,870000	61	1.696.038	$ 28.738,43
1/01/1980	31/03/1980	$ 14.610	1	1,020000	92,870000	91	1.330.226	$ 33.625,16
01/04/1980	30/11/1980	$ 17.790	1	1,020000	92,870000	244	1.619.762	$ 109.783,87
01/12/1980	31/12/1980	$ 21.420	1	1,020000	92,870000	31	1.950.270	$ 16.793,99
1/01/1981	31/12/1981	$ 21.420	1	1,290000	92,870000	365	1.542.074	$ 156.349,16
1/01/1982	30/06/1982	$ 21.420	1	1,630000	92,870000	181	1.220.414	$ 61.359,72
01/07/1982	31/12/1982	$ 30.150	1	1,630000	92,870000	184	1.717.810	$ 87.799,18
1/01/1983	30/06/1983	$ 30.150	1	2,020000	92,870000	181	1.386.154	$ 69.692,73
01/07/1983	31/12/1983	$ 39.310	1	2,020000	92,870000	184	1.807.287	$ 92.372,45
1/01/1984	31/12/1984	$ 39.310	1	2,360000	92,870000	366	1.546.915	$ 157.269,70
1/01/1985	30/06/1985	$ 39.310	1	2,790000	92,870000	181	1.308.502	$ 65.788,56
01/07/1985	14/07/1985	$ 41.040	1	2,790000	92,870000	14	1.366.088	$ 5.312,56
30/08/1985	31/12/1985	$ 14.610	1	2,790000	92,870000	124	486.319	$ 16.751,00
01/01/1986	28/02/1986	$ 17.790	1	3,420000	92,870000	59	483.087	$ 7.917,26
07/07/1987	31/12/1987	$ 21.420	1	4,130000	92,870000	178	481.665	$ 23.815,65
01/01/1988	31/10/1988	$ 25.530	1	5,120000	92,870000	305	463.080	$ 39.233,19
14/02/1989	31/07/1989	$ 79.290	1	6,570000	92,870000	168	1.120.801	$ 52.304,04
01/08/1989	31/10/1989	$ 99.630	1	6,570000	92,870000	92	1.408.316	$ 35.990,31
01/11/1989	31/12/1989	$ 111.000	1	6,570000	92,870000	61	1.569.037	$ 26.586,45
01/01/1990	20/03/1990	$ 150.270	1	8,280000	92,870000	79	1.685.456	$ 36.986,39
27/05/1994	31/12/1994	$ 120.000	1	21,330000	92,870000	219	522.475	$ 31.783,92
1/07/1995	13/07/1995	$ 118.935	1	26,150000	92,870000	13	422.390	$ 1.525,30
					TOTAL, DÍAS	3.600		
					TOTAL, SEMANAS	514,29	IBL	1.234.126,87
TASA DE REEMPLAZO		78%					MESADA PENSIONAL	962.618,95

Dicha mesada reajustada anualmente arroja lo siguiente:

AÑO	Variación IPC	Mesada
2.008	0,0767	962.618,96
2.009	0,0200	1.036.451,84
2.010	0,0317	1.057.180,87
2.011	0,0373	1.090.693,51
2.012	0,0244	1.131.376,37
2.013	0,0194	1.158.981,96
2.014	0,0366	1.181.466,21
2.015	0,0677	1.224.707,87
2.016	0,0575	1.307.620,59
2.017	0,0409	1.382.808,78
2.018	0,0318	1.439.365,66
2.019	0,0380	1.485.137,48
2.020	0,0161	1.541.572,71

Guarismos que resultan superiores tanto a la prestación que actualmente devenga el actor por parte de COLPENSIONES, como a los que calculó la Juez A Quo, empero como la parte actora guardó silencio frente a este puntual aspecto, que en esta instancia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta y por la apelación propuesta por COLPENSIONES, no es posible agravar la condena en perjuicio del único apelante y la parte a cuyo favor se

surte la consulta. Por tal motivo se mantendrá incólume lo decidido en primera instancia en torno al monto de la mesada pensional.

En lo que refiere a la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES esta resulta próspera parcialmente, ya que conforme se advierte del expediente administrativo y las Resoluciones GNR 215986 de 2016 y SUB 178495 de 2019, el demandante efectuó varias reclamaciones, siendo la última de ellas la efectuada el 05 de junio de 2019 (fl. 26), la cual fue resulta precisamente por la mencionada SUB 178495 del 10 de julio de 2019, por lo que en los términos del art. 151 del CPT y SS, el demandante contaba con 3 años a partir de esta fecha para presentar la respectiva acción judicial, lo que en efecto ocurrió, pues basta con remitirnos al folio 36 del plenario, para advertir que la demanda fue presentada el día 13 de marzo de 2020, de modo que resultaron afectadas con el fenómeno de la prescripción las mesadas causadas con anterioridad al 05 de junio de 2016, tal como lo concluyó la a quo, imponiéndose la confirmación de la decisión en este aspecto de la sentencia.

Dilucidado lo anterior y una vez efectuadas las operaciones aritméticas, el valor del retroactivo causado en los términos calculados por la a quo, esto es, entre el 05 de junio de 2016 y el 31 de diciembre de 2020, es de $14.187.156, según el siguiente cuadro ilustrativo:

EVOLUCIÓN DE MESADAS PENSIONALES.				No. MESADAS ANUALES	DIFERENCIA	TOTAL, DIFERENCIA
AÑO	IPC Variación	VALOR MESADA CALCULADA	VALOR MESADA COLPENSIONES			
$2.016	0,0575	1.274.506,00	1.076.059,00	8,87	$198.447	$1.760.225
$2.017	0,0409	1.347.790,10	1.137.932,39	14	$209.858	$2.938.008
$2.018	0,0318	1.402.914,71	1.184.473,83	14	$218.441	$3.058.172
$2.019	0,0380	1.447.527,40	1.222.140,10	14	$225.387	$3.155.422
$2.020	0,0161	1.502.533,44	1.268.581,42	14	$233.952	$3.275.328
TOTAL, RETROACTIVO						$14.187.156

Dicha suma resultó $625 menos que la allá calculada, que bien puede obedecer a decimales utilizados, por lo tanto, se mantendrá incólume aquella decisión. Lo anterior sin perjuicio del retroactivo que en lo sucesivo se siga causando y que deberá pagarse debidamente indexado.

Frente a la imposición de los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, esta Sala venía sosteniendo el criterio según el cual no había lugar a su procedencia, cuando de reajustes pensionales se trataba, en el sentido de que la entidad no se sustraía del reconocimiento de las mesadas pensionales, no obstante lo anterior, conforme al reciente criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ

SL3130-2020, reiterada en la CSJ SL3090-2020, se recogió tal tesis para reinterpretar dicho artículo, enseñando lo siguiente:

> «2. Como ya se anunció, una revisión atenta de la referida doctrina, obliga a la Corte a reconocer que no existe una razón jurídica objetiva para negar la procedencia de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cuando se trata de reajustes de la pensión, pues eso no es lo que se deriva de la norma, interpretada de manera racional y lógica.
>
> En primer lugar, como antaño se había dicho en la sentencia CSJ SL, 2 may. 2002, rad. 17664, la Corte debe partir de la base de que «[...] el legislador no distinguió clase, fuente u otras calidades de la pensión», ni limitó expresamente la procedencia de los intereses moratorios al hecho de que se adeudara la totalidad de la mesada y no solo una parte de ella.
>
> En efecto, si se observa con detenimiento el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se puede notar que el legislador no hizo diferenciación alguna a la hora de establecer los intereses moratorios, ni en función de la clase de pensión legal que les sirviera de base, como se dijo recientemente en la sentencia CSJ SL1681-2020, ni teniendo en cuenta si se trataba del pago completo de la mesada pensional o tan solo de algún saldo.
>
> Siendo ello así, lo primero que se debe consentir es que ni siquiera una interpretación literal de la norma llevaría a la conclusión que hasta ahora sostenía la Corte, en virtud de la cual los intereses moratorios solo proceden en los casos de mora en el pago completo de la mesada pensional y no como consecuencia de algún reajuste, pues eso no es lo que reza el texto de la disposición.
>
> Para dar cuenta del anterior aserto es importante tener en cuenta que la norma consagra los intereses moratorios, en forma pura y simple, «[...] en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales [...]», además de que, en términos jurídicos, la mora en el cumplimiento de una obligación, como el pago de la mesada pensional, se produce tanto por la insatisfacción de todo lo debido como por su pago incompleto o deficitario. En este punto la mora esta conceptualmente ligada al pago de las obligaciones, entendido este, según el artículo 1627 del Código Civil, como «la prestación de lo que se debe», de manera que, mientras no se produzca este pago, en forma adecuada, oportuna y completa, la mora sigue produciendo todas sus consecuencias materiales y reales.
>
> El artículo 1627 del Código Civil establece al respecto que el pago de una obligación debe hacerse «[...] en conformidad al tenor de la obligación [...]» y que el «[...] acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.»
>
> En similares términos, en la sentencia CSJ SL, 9 jul. 1992, rad. 4826, esta corporación anotó al respecto:
>
> Que el pago deba hacerse "bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación", como lo dispone el artículo 1627 del Código Civil, no significa que pueda efectuarse de manera incompleta, pues en los textuales términos del artículo 1649 ibídem, "El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban".
>
> Así lo entendió la Sala de Casación Civil de la Corte cuando dijo:
> "El pago, para que tenga entidad de extinguir la obligación, debe hacerlo el deudor al acreedor en las condiciones establecidas por la ley, entre las cuales merece destacarse la de que debe efectuar en forma completa, o sea, que mediante él se cubra la totalidad, a virtud de que el deudor no puede compeler al acreedor a que lo reciba por partes, salvo estipulación en el punto, pues sobre el particular establece el inc. 2º del art. 1626 del C. C. que el "pago efectivo es la prestación de lo que se debe" y, para que sea cabal, íntegro o completo, debe hacerse, además, con sus intereses e indemnizaciones

> debidas, tal como reza el inc. 2º del art. 1649 ibídem, cuando dispone que "El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban".
>
> De acuerdo con lo anterior, mientras no se cumpla a cabalidad con la respectiva obligación, en este caso, el pago íntegro de la mesada pensional en la cuantía y términos establecidos legalmente, la entidad obligada a su reconocimiento sigue en mora y, como consecuencia, según las voces naturales y obvias del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe pagar intereses moratorios sobre las sumas debidas.
>
> Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora». (Lo resaltado es nuestro).

Así las cosas, esta Sala se acoge a dicha interpretación con los alcances allí definidos, precisando en todo caso que resulta aplicable la tesis expuesta desde la sentencia CSJ SL – 787 del 6 de noviembre de 2013, donde se determinó que no habrá lugar a la imposición de los mismos cuando se encuentre plenamente justificado la negación del derecho invocado, bien sea porque la entidad hubiera actuado con pleno respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales, empero no es menos cierto que ello no se configura en el caso de marras, pues no se observa ninguna razón atendible ni respaldo normativo frente a la renuencia de la demandada en proceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada desde el 05 de junio de 2016, en los términos aquí explicados, pues para ese momento el demandante ya tenía causados los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme a los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, para que así se procediera a su estudio y reconocimiento, de suerte que no es posible dar aplicación en este caso concreto a la citada jurisprudencia que permita su exoneración.

En esa medida, como el promotor de la presente causa verificó la reclamación de la prestación a la entidad demandada el 05 de junio de 2016, se condenará a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagarle, sobre el mayor valor que de cada una de las mesadas pensionales le corresponde con ocasión de la reliquidación pensional aquí ordenada y a partir del 05 de octubre de 2016, intereses moratorios a la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento en que se efectué el pago, por lo cual, se modificará la decisión en este puntualísimo aspecto, en tanto y en cuanto el A quo no contabilizó el plazo que tenía Colpensiones para pronunciarse sobre el derecho reclamado.

En consecuencia, se modificará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que los intereses moratorios sobre las diferencias pensionales, corren a partir del 05 de octubre de 2016, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia. En lo demás se confirma la decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JAVIER TIBERIO CARRION TUNJO contra NIETO & MILEVCIC LTDA Y D PRODUCAMPO LTDA. Rad. 11001 31 05 012 2019 00186 01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el día 14 de diciembre de 2020.

ANTECEDENTES

El señor JAVIER TIBERIO CARRIÓN TUNJO, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia a fin de que se declare que tuvo una relación laboral con NIETO & MILEVCIC LTDA, desde el 04 de octubre de 2016 hasta el 04 de marzo de 2018, el cual finalizó por causas imputables al empleador; igualmente se declare que las demandadas NIETO & MILEVCIC LTDA y D PRODUCAMPO LTDA son solidariamente responsables por las acreencias adeudas. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a las demandadas al pago de intereses de las cesantías al 24% de los años 2016 y 2017, vacaciones, prima de servicios y el auxilio de rodamiento de los últimos tres meses de relación laboral en suma de CIENTO NOVENTA Y DOS MIL PESOS ($192.000). Finalmente, se condene a las accionadas al pago de la indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que inició su vínculo laboral con NIETO & MILEVCIC LTDA por medio de un contrato a término indefinido desde el 04 de octubre de 2016, en el cargo de Negociador de materias primas desempeñado en CORABASTOS, con un horario de 12:00 am a 3:00 pm. Que devengó un salario de $1.800.000 durante el 2016 y $1.926.000 para 2017 y 2018, más un auxilio de rodamiento de $64.000 para el 2018. Señaló que durante el 2016 y 2017 no recibió el pago de los intereses de las cesantías, vacaciones ni prima de servicios. Que el 01 de marzo de 2018 presentó carta de renuncia por causas imputables al empleador, tales como la falta de dotación, la mora en el pago del salario y el no pago del auxilio de rodamiento; que el 03 de marzo de 2018 la demandada aceptó la renuncia y realizó descargos por las inasistencias de los días 22 y 23 de febrero y el cambio de direccionamiento de los dineros recaudados, pero que no fue sancionado porque nunca se probó la ocurrencia de esos hechos. Que el 04 de marzo de 2018 fue su último día de trabajo, pero no recibió la liquidación, en consecuencia, el 08 de febrero de 2019 elevó petición ante NIETO & MILEVCIC LTDA solicitando la documentación y el pago de la liquidación, sociedad que entregó formato de liquidación el 14 de febrero de 2019 por un total de $1.838.977 correspondiente al periodo comprendido entre el 01 de enero de 2018 y el 04 de marzo de 2018, sin tener en cuenta el auxilio de rodamiento. Resaltó que el valor de la liquidación efectuada por la accionada era diferente a la suma de $4.330.195 que le correspondía y que aun así, no recibió el pago de la misma. En relación a la solidaridad de las accionadas, explicó que NIETO & MILEVCIC LTDA es socia de D PRODUCAMPO LTDA, que el representante legal de la primera es el representante legal suplente de la segunda, que ambas funcionan en las mismas instalaciones y que su exjefe inmediato recibe órdenes de la representante legal de D PRODUCAMPO LTDA (fls. 1 a 14).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad NIETO & MILEVCIC LTDA contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras considerar que carecen de sustento fáctico y jurídico, argumentó que para el 2018 no se pactó auxilio de rodamiento y que sí realizó el pago de los intereses de las cesantías, las vacaciones y la prima de servicios, adjuntando los respectivos soportes. Señaló que la liquidación se hizo conforme a la ley, en tanto los periodos anteriores al 2018 ya se habían pagado y que efectuó el pago de la misma el 14 de febrero de 2019. Agregó que las razones esgrimidas en la carta de renuncia no correspondían a la realidad y que dicho acto se convirtió en un retiro de mutuo acuerdo, por cuanto se aceptó la renuncia y el demandante firmó sin objeción alguna la carta que contenía la aceptación. Propuso como excepciones, las de «prescripción», «inexistencia de obligaciones laborales», «cobro de lo no debido»,

«buena fe de la sociedad empleadora», «prescripción del pago de aportes a la seguridad social» (fls. 147 a 160).

Por su parte, D PRODUCAMPO LTDA contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras considerar que carecen de sustento fáctico y jurídico, argumentó que nunca sostuvo una relación laboral con el demandante, dado que el contrato de trabajo fue celebrado entre aquel y NIETO & MILEVCIC LTDA, sociedad que afilió al accionante a seguridad social, le pagó los salarios y prestaciones sociales y le indicó la forma de realizar sus actividades. Añadió que es una sociedad independiente a NIETO & MILEVCIC LTDA, no obstante, en torno a ciertos negocios han realizado alianzas estratégicas, consorcios y uniones temporales, lo que les ha permitido compartir ciertos gastos como oficinas, automóviles, representantes, todo ello sin que implique la pérdida de autonomía. Propuso como excepciones, las de «prescripción», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia de obligaciones laborales», «cobro de lo no debido», «prescripción del pago de aportes a la seguridad social» (fls. 182 a 192).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 14 de diciembre de 2020, condenó a la demandada NIETO & MILEVCIC LTDA pagar al actor JAVIER TIBERIO CARRIÓN TUNJO la suma de $22.213.200 por concepto de indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST. Absolvió a D PRODUCAMPO LTDA de todas las pretensiones formuladas en su contra. Condenó al pago de costas procesales a NIETO Y MILEVCIC LTDA.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que según la liquidación efectuada el 14 de febrero de 2019, la demandada pagó $3.750.191, incluyendo las cesantías, las vacaciones, la prima de servicios y los intereses de las cesantías, por tanto, no consideró procedente condenar a las accionadas al pago de esas sumas. Manifestó que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que las causas de la renuncia sean imputables al empleador es necesario acreditar que el incumplimiento de las obligaciones fue sistemático, regular o periódico, situación que a su juicio, no se probó en el proceso según la información aliada en los comprobantes de pago de nómina y en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la accionada, concluyendo que no existió una conexidad entre la renuncia y las causales imputables de los artículos 62 y 63 del CST. Advirtió que a pesar de que la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST no es aplicable de forma automática, no encontró una justa causa para que la accionada

NIETO & MILEVCIC LTDA se sustrajera de su deber de obrar de buena fe y lealtad al tenor del artículo 55 del CST al no pagar al demandante los valores debidos dentro de la oportunidad para hacerlo. Como consecuencia de lo anterior, consideró que el actor se hace merecedor de la indemnización contenida en el Art. 65 del CST. Con relación a la solidaridad de las demandadas, expuso que no es posible declarar la unidad de empresa solo por la existencia de relaciones comerciales, pues se debe probar que existe una limitación a la autonomía privada de la libertad de empresa, un evidente predominio económico, una relación entre las actividades propias de su objeto social o más allá, que su nacimiento tiene el objetivo de perjudicar los intereses del trabajador por medio de la fragmentación del capital. Aseveró que en tratándose de grupos empresariales se debe atender a lo dispuesto en el Código de Comercio, la Ley 222 de 1995 y la Ley 1116 de 2006, es decir que se debe determinar la existencia de una matriz y una filial o subsidiaria. En ese sentido, arguyó que no se probó la subordinación de la sociedad NIETO & MILEVCIC LTDA con respecto a D PRODUCAMPO LTDA, contrario sensu, observó que si acaso, NIETO & MILEVCIC LTDDA podría ser la matriz de D PRODUCAMPO LTDA por tener propiedad accionaria sobre ella y que en caso de que la empleadora hubiera sido la segunda, se podría predicar una relación subordinante. Aclaró que tampoco es dable declarar la solidaridad estipulada en el Art. 36 del CST, por ser NIETO & MILEVCIC LTDA la empleadora del demandante, sociedad en la cual PRODUCAMPO LTDA no tiene propiedad accionaria. Finalizó diciendo que no existió una concurrencia de contratos entre el demandante y las accionadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia, el apoderado judicial del demandante JAVIER TIBERIO CARRIÓN TUNJO apeló parcialmente la decisión, solicitando se conceda la indemnización por despido sin justa causa y se declare la unidad de empresa entre las demandadas. Argumentó que el actor presentó renuncia por causas imputables al empleador como el pago tardío de la prima de servicios del 2017 que fue pagada solo hasta la liquidación, el retraso en el pago del salario y el no pago del auxilio de rodamiento de los meses de enero, febrero y marzo del 2018. Agregó que existe una unidad de empresa entre las accionadas, dado que tienen el mismo objeto social, funcionan en el mismo lugar, tienen los mismos representantes, el mismo abogado, un socio en común, una es socia de la otra, aunado a que D PRODUCAMPO LTDA fue quien pagó la liquidación al demandante, fenómeno que a su juicio, no se explica de otra forma que bajo la figura de la unidad de empresa.

A su turno el apoderado de la parte demandada, apeló la sentencia, solicitando se absuelva a NIETO & MILEVCIC LTDA del pago de indemnización moratoria, dado que,

actuó de buena fe, en el sentido de que la mora en el pago de la liquidación al demandante se debió a que estaba inmersa en un proceso de re estructuración de conformidad con la Ley 1116 de 2006 que prohíbe negociar acuerdos de pago sin la aquiescencia de la Superintendencia de Sociedades, no obstante, en señal de su buena fe realizó el pago al accionante y resaltó que la mora se debió a una insolvencia en los pagos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en la alzada por NIETO & MILEVCIC LTDA. Por su parte, el apoderado del demandante presentó alegatos de conclusión ratificándose en los puntos de la apelación y solicitando se modifique el fallo de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión determinar en primer lugar si entre las demandadas NIETO Y MILEVCIC LTDA y D PRODUCAMPO LTDA, se constituye una unidad de empresa. En segundo lugar, determinar si en el presente proceso se configuró despido indirecto y en caso afirmativo, determinar el valor de la indemnización de ley; y para finalizar, establecer si hay lugar o no al pago de sanción moratoria del Artículo 65 del C.S.T.

CONSIDERACIONES

Previo a desatar el asunto objeto de estudio, es menester precisar, que la existencia del contrato de trabajo y los extremos de la relación laboral, no fueron objeto de debate por los sujetos procesales.

Así las cosas, se proceden a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS.

- INTERROGATORIO DE PARTE A LUIS ALFONSO NIETO ALVARADO: Como representante legal de NIETO Y MILEVCIC LTDA: Indicó que la relación con el demandante terminó el día 4 de marzo de 2018, que la liquidación final de salarios y prestaciones sociales fue pagada el 14 de febrero de 2019. Que el auxilio de rodamiento no se le pagó de los meses de

diciembre 2017 a marzo de 2018, porque eso no estaba pactado en ningún contrato y eran pagados por mera liberalidad. Que la empresa ha incumplido varias obligaciones con otros trabajadores debido a su situación económica, pero nunca se llegaron a acumular 2 quincenas, lo máximo era de 8 a 10 días. Como representante legal de D PRODUCAMPO LTDA: Señaló que JAVIER TIBERIO CARRION TUNJO nunca tuvo relación laboral con PRODUCAMPO, nunca se le pagó como contraprestación de su servicio ya que nunca trabajó para esa empresa.

- DEMANDANTE JAVIER TIBERIO CARRION TUNJO: Manifestó que ocupaba el cargo de Negociador de materias primas para NIETO Y MILEVCIC LTDA, pero era Negociador de materias primas en corabastos para PRODUCAMPO. Que desde horas altas de la madrugada 12 de la noche, debía dedicarse a las materias primas en corabastos, hasta las 12 del mediodía. Señaló que conocía la situación económica de la empresa, que le manifestaron que iban a entrar en proceso de Ley 1116, pero supo que no estaban tan mal, que nada mas era para que los bancos no los absorbieran. Que acordó con la empresa hacer la entrega de las cuentas que tenía a su cargo en ese momento y por eso la fecha de finalización del contrato se extendió hasta el 4 de marzo. Adujo que no firmó contrato de trabajo con PRODUCAMPO, que PRODUCAMPO le generó pagos por cuentas de ellos de sus salarios, ya que él trabajaba para las dos sociedades que los pagos eran esporádicos, mes intervalo, que el pago no era continuo.

- SUSAN JOHANA CEBALLOS PALACIOS (Testigo de las demandadas): Trabajó para la demandada NIETO Y MILEVCIC LTDA, hasta abril de 2019. Conoció al demandante porque era líder de gestión humana, y debido a su cargo conocía a la mayor parte de los empleados de la compañía. Que la empresa que los contrató a todos es NIETO Y MILEVCIC LTDA, que es una sola empresa. Que D PRODUCAMPO estaba ahí mismo en la parte locativa pero que eran empresa diferentes, ya que NIETO Y MILEVCIC manejaba la parte de los champiñones y D PRODUCAMPO era de prelistos y cosas distintas. Sabe que el demandante se retiró porque estaba como aburrido de la situación de la compañía, que estaba cansado porque ya había cumplido su ciclo dentro de la compañía y por eso tomó la decisión de retirarse. Que la empresa había entrado en proceso de reestructuración de la Ley 1116 y producto de eso se vivieron muchas situaciones al interior de la compañía, que todos los empleados sabían que estaban tratando que la empresa saliera adelante, pero la empresa nunca

dejó de pagar el tema de salarios ni prestaciones, que si alguna vez hubo retrasos, no eran más de 8 días, que el demandante debido a esa situación se cansó. En cuanto a PRODUCAMPO, señaló que a través de ellos no se hacía nada, que no tiene conocimiento si una empresa le pagaba a la otra para hacer ese tipo de cosas, que PRODUCAMPO Y NIETO Y MILEVCIC funcionaban en el mismo sitio, señaló tener conocimiento únicamente del contrato del demandante con NIETO Y MILEVCIC más no conoció vínculo alguno con PRODUCAMPO.

Igualmente fueron allegadas las siguientes documentales:

- Certificación de existencia y representación legal Cámara de Comercio, del demandado NIETO Y MILEVCIC LTDA, fls. 17-23 y 161-164.
- Certificación de existencia y representación legal Cámara de Comercio, del demandado D PRODUCAMPO LTDA, fls. 24-27 y 193-195.
- Carta de renuncia, del 1 de marzo de 2018, suscrita por el demandante JAVIER TIBERIO CARRIÓN TUNJO, fls. 31.
- Aceptación de renuncia, suscrita por la Líder de Gestión Humana de la demandada NIETO Y MILEVCIC LTDA, SUSAN YHOJANA CEBALLOS, fls. 32 y reverso 169.
- Comprobantes de pago de nómina, Empleador NIETO Y MILEVCIC LTDA, fls. 42-76.
- Contrato de trabajo suscrito entre NIETO Y MILEVCIC LTDA y el demandante LUIS ALFONSO NIETO ALVARADO, fls. 77-79 y 165-167.
- Citación a diligencia de descargos y Acta de descargos, del 2 de marzo de 2018, fls. 80-86.
- Formato de Liquidación del contrato de trabajo, fecha de retiro 4 de marzo de 2018, fls. 87.
- Certificación afiliación a Fondo de cesantías PORVENIR S.A. del actor, fls. 168.
- Carta de renuncia con anotación a mano: «De común acuerdo y de manera voluntaria se acuerda que los días 2 y 3 de marzo de 2018 se laboraran en la planta de producción y se realizará la conciliación de las cuentas asignadas con dineros a cargo y la entrega de funciones y responsabilidades a su cargo» suscrita por el demandante JAVIER TIBERIO CARRIÓN TUNJO, fls. 169.
- Autorización retiro de cesantías a fondo PORVENIR S.A., fls. 170.
- Comprobante de egreso por pago de intereses a las cesantías de los años 2016, 2017, NIETO Y MILEVCIC LTDA, fls. 172-173.
- Liquidación final del contrato de trabajo, fls. 175.

- Liquidación de prima, año 2016 y 2017, fls. 179 -181.

En este escenario, y una vez analizadas las pruebas practicadas en su debida oportunidad, la Sala procede al estudio de cada uno de los puntos planteados en los recursos de apelación interpuestos.

UNIDAD DE EMPRESA

La unidad de empresa está contemplada en el artículo 194 del C.S.T., norma que fue subrogada por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, disposición legal que en principio define la empresa como "…toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio…", definido lo anterior, señala que existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que "…aquélla predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias…", para lo cual establece en caso de que se configure, la igualdad en el pago de salarios y prestaciones extralegales establecida en la empresa que predomine económicamente.

Con relación a la unidad de empresa, resulta necesario indicar que deben cumplirse ciertos requisitos para que se configure el mencionado fenómeno, a rememorar: (i) control mediante el predominio económico; y (ii) similitud, conexidad o complementariedad de actividades.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SL1690 de 16 de mayo de 2018, señaló lo siguiente:

> "Con relación al elemento de preponderancia económica, consideró que del documento visible a folio 58, se infería que Famoc Depanel es la máxima accionista de la sociedad Cinética S.A. con una participación del 57.36%, equivalente a 57.358 acciones, por lo que concluyó que se daban los presupuestos del artículo 194 del CST, en tanto que existía una principal, Famoc Depanel S.A. con predominio económico sobre la otra su filial o subordinada Cinética S.A. y, además, también se presentó la similitud en las actividades desarrolladas y, en consecuencia la unidad de empresa era predicable".

En igual sentido, en Sentencia SL4496 del 17 de octubre de 2018, expuso:

> "(...) tratándose de la existencia de varias personas jurídicas, como ocurre en el sub lite, para que se configure la denominada unidad de empresa, deben concurrir la existencia de una principal o matriz y otra subordinada que se denomina filial o subsidiaria. Ahora bien, esa dependencia se presenta solo cuando la primera de ellas ejerce un predominio económico sobre la segunda, por lo que, precisamente, es este elemento el que debe verificarse, a efectos de declarar la existencia de dicha figura (...)"

Ahora bien, a efectos de verificar el cumplimiento de este requisito en el caso bajo examen, esta Sala de Decisión observa que conforme a los certificados de existencia y representación legal arrimados al plenario, NIETO Y MILEVCIC LTDA ostenta participación en D PRODUCAMPO LTDA a través de 6.000 cuotas. No obstante, la sola participación no demuestra la preponderancia económica requerida por la ley para producir los efectos del control, en virtud del cual se desprenda una relación de subordinación ejercida por una matriz o controlante. En efecto, NIETO Y MILEVCIC LTDA tan solo es propietaria del 20% de D Producampo Ltda, considerando que la señora LUZ ELENA PÉREZ en razón a 22.500 cuotas ostenta la titularidad del 75% de dicha compañía, y el señor Luis Alfonso Nieto en razón a 1.500 cuotas posee el 5% restante.

Corolario de lo anterior, no luce admisible concluir que se encuentra satisfecho el requisito medular establecido por la ley, amén del bajo porcentaje de participación que posee NIETO Y MILEVCIC LTDA sobre D PRODUCAMPO LTDA, esto es, un 20% de participación que no reviste la preponderancia necesaria para predicar la existencia de una relación de subordinación ejercida por aquella sobre ésta. Por el contrario, deviene palmario que quien ejerce el control sobre D PRODUCAMPO LTDA es la señora Luz Elena Pérez, quien a su vez no tiene vinculación accionaria alguna con NIETO Y MILEVCIC LTDA de la cual poder determinar un control indirecto.

Bajo la consideración precedente, además de no encontrarse probada la relación Control-Subordinación de NIETO Y MILEVCIC LTDA sobre D PRODUCAMPO LTDA, ni viceversa, por demás deviene inútil estudiar de fondo la conexidad, complementariedad o similitud de las actividades económicas de ambas. Adicionalmente, tampoco resulta viable pretender suplir u homologar el requisito legal de preponderancia económica anteriormente estudiado, con el hecho de que D PRODUCAMPO LTDA hubiere ocasionalmente efectuado el pago de acreencias laborales en favor del demandante, ni siquiera obrando en el expediente elementos suasorios conducentes de resorte contable con base en los cuales colegir que esta empresa asumió dicho pago como un pasivo propio y no como un tercero pagador, toda

vez que el requisito esencial del instituto de la unidad de empresa relativo a la preponderancia económica del control, no se cumple en el presente caso.

DESPIDO INJUSTO

Ahora bien, en cuanto a la resolución del problema jurídico concerniente a la figura del despido indirecto, se tiene que fue la parte demandante quien puso fin al contrato de trabajo; al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ, en sentencia CSJ SL13681-2016, reiterada recientemente en las CSJ SL3288-2018 y SL3288-2018, ha expuesto que es la parte demandante quien tiene la carga de probar las razones sobre las cuales da por terminado el vínculo contractual, puntualizando:

> «Primeramente cabe recordar, que, dentro de los modos de fenecimiento de la relación laboral, encontramos la decisión unilateral del empleador o del trabajador, bien con justa causa o sin justedad alguna. Si el empleador invoca una justa causa para dar por terminado el vínculo contractual, le corresponde acreditarla ante el juez del trabajo, y si no logra probarla se entiende que el convenio terminó sin justa causa, con las consecuencias que la ley determina, esto es, «lo constituyen en el único responsable de los perjuicios que la terminación contractual cause al trabajador, como verdadero promotor de ese rompimiento» (sentencia CSJ SL, 31 may. 1960, G.J. pág.1125). Pero si es el trabajador quien finaliza el nexo laboral invocando incumplimiento de las obligaciones del empleador, a éste le atañe demostrar ante el juez laboral que realmente ocurrieron los hechos que motivaron la cesación del vínculo, y si en efecto los acredita, el empleador debe asumir las consecuencias pertinentes, en cambio, si el trabajador no logra probar tal incumplimiento necesaria y rigurosamente la consecuencia es que el contrato de trabajo terminó por parte del trabajador sin justa causa, vale decir, equiparable jurídicamente a una simple dimisión del trabajador, a una dejación espontánea y libre.
>
> Ha dicho la Corte que quien dimite de un empleo tiene pleno derecho para redactar a su albedrío la comunicación correspondiente. También tiene adoctrinado que la carta de terminación debe contener las razones o motivos aducidos por el empleador o trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, pero eso no significa, que los hechos en ella relatados hayan ocurrido de esa manera y en esas circunstancias. Entonces, el escrito prueba la terminación unilateral del contrato de trabajo, pero no la justificación del mismo y es el juez, por el

> sendero procesal, el que determina si los supuestos fácticos, en que se funda la decisión, constituyen o no justa causa» (resaltado de la Sala).

De igual modo, el Alto Tribunal ha establecido que «aunque, en principio se ha señalado que al trabajador le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso también le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador; pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él le corresponde el deber de probarlos; situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados[1]».

Y en la misma línea señaló: «(...) téngase en cuenta que la carta de renuncia lo que acredita son los motivos que tuvo quien decide terminar unilateralmente el contrato de trabajo, para el caso la demandante, pero en manera alguna tiene la entidad suficiente para probar su efectiva ocurrencia y menos que sean configurativos de la justa causa, por lo que a la actora le correspondía demostrar por otros medios de convicción que tales hechos sucedieron por causa imputable al empleador, es decir su justificación, labor que no cumplió"[2] (resaltado de la Sala).

Así las cosas, se aprecia para tal efecto que el demandante aportó documento a folios 31, fechado 1° de marzo de 2018, el cual refiere a la terminación unilateral del contrato, lo cual sustentó de la siguiente manera:

> «Estimados señores mediante la presente carta confirmo mi decisión irrevocable de renuncia e inmediata de manera voluntaria a mi puesto de trabajo como Negociador de Materias Primas que vengo ejerciendo en su compañía.
> Ya que las condiciones laborales no son óptimas, no hay las herramientas de trabajo disponibles para cumplir con mis tareas diarias, el continuo atraso en los pagos de las quincenas la falta de pago de los rodamientos cuales corresponden a tres periodos, el pago pendiente de un disco duro y el no pago de las primas legales que corresponden a los meses de junio y diciembre de año 2017, me hacen tomar la decisión de renunciar de manera voluntaria ya que estas situaciones me están causando daños y perjuicios»

Igualmente, a folios 42-76 del plenario, se allegaron comprobantes de pago de las quincenas del actor, desde la primera quincena de octubre de 2016, hasta la última quincena recibida en marzo de 2018, de donde se desprende que la primera quincena de cada mes era cancelada el día 20, y que la segunda quincena era cancelada el día 5 del mes siguiente. Igualmente se desprende de los extractos bancarios arrimados por el demandante, pues las consignaciones concuerdan con las fechas de los comprobantes de nómina (fls. 93-110).

Al respecto, del análisis del testimonio de la señora SUSAN CEBALLOS PALACIOS puede extraerse que la demandada NIETO Y MILEVCIC LTDA tuvo atrasos en el pago de la nómina y de las prestaciones sociales, situación que según recordó no se extendía más de 8 días, igualmente se pudo extraer de la confesión realizada por el representante legal de las demandadas en el interrogatorio de parte, pues este manifestó que era cierto que la empresa estaba incumpliendo sus obligaciones para con los trabajadores, y además puntualizó que nunca se acumularon 2 quincenas, y que el tiempo máximo de la demora en el pago era de 8 a 10 días, y además expresó que las prestaciones sociales y salarios pendientes fueron cancelado hasta el 14 de febrero de 2019, es decir, 11 meses después de finalizada la relación laboral.

Ahora bien, el CST en su artículo 62, literal b numeral 6, señala que el incumplimiento sistemático y sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales, dan lugar a la terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador. De la misma manera, el artículo 57 de nuestro ordenamiento laboral, indica en su numeral cuarto, que una de las obligaciones del empleador es pagar la remuneración pactada en las condiciones, periodos y lugares convenidos; así entonces, del análisis del contrato de trabajo obrante a folios 77-79 y 165-167, se evidencia que en la cláusula sexta, denominada «REMUNERACIÓN Y PERIODO DE PAGO», el pago de los salarios se estipuló en las especificaciones del contrato, de forma quincenal y por trasferencia electrónica, evidenciando así que por regla general la quincena era cancelada por NIETO Y MILEVCIC LTDA, cinco días después de la quincena correspondiente, situación que ocurrió desde el momento en que inició la relación laboral entre NIETO Y MILEVCIC LTDA y el señor JAVIER TIBERIO CARRIÓN TUNJO. Por ello, en sentir de la Sala suficiente es enunciar y demostrar la existencia de estos hechos imputables al empleador, que fueron los que motivaron al actor a renunciar y a darlos a conocer en su carta de renuncia.

En ese orden de ideas, contrario a lo que estimó el a quo, la empresa demandada se hace merecedora de la imposición de la indemnización establecida en el artículo 64 del

CST, en razón del incumplimiento sistemático de sus obligaciones como empleador. Así las cosas, teniendo en cuenta que el último salario devengado por el actor fue de UN MILLÓN NOVECIENTOS VEINTISEIS MIL PESOS ($1'926.000,00) y que su contrato de trabajo era a término indefinido, procede la Sala a realizar la liquidación de la indemnización a que tiene derecho, conforme lo ha establecido la Ley, esto es, la indemnización contenida en el artículo 64 del CST, de la siguiente manera:

Tabla Indemnización por Despido Sin Justa Causa - Art. 64 C.S.T.					
Periodo		No. Años Laborados	No. Días Sanción	Salario Diario	Sanción
Desde	Hasta				
04/10/2016	04/10/2017	1 año	30	$64.200	Primer año: $1'926.000
05/10/2017	04/03/2018	5 meses	8,3		Años siguientes: $532.860
Total indemnización				$ 2'458.860	

SANCIÓN MORATORIA

Se tiene que la indemnización moratoria, consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, reformado por la Ley 789 de 2002, ordena que en caso que a la finalización del contrato de trabajo, el empleador no haya cancelado salarios y prestaciones sociales, salvo los casos de retención autorizados por la ley, se obliga a pagar una indemnización, equivalente a un día de salario por cada día de mora, hasta por 24 meses, contados desde la fecha de terminación del contrato de trabajo y a partir del mes 24 si no ha presentado satisfacción de tales obligaciones, deberá intereses moratorios a la tasa más alta de crédito de libre inversión certificado por la Superintendencia Financiera.

Como es sabido, y lo ha decantado en abundante jurisprudencia el máximo órgano de cierre de esta especialidad, la indemnización moratoria pedida, tiene un carácter sancionatorio para castigar al empleador moroso en el pago sus obligaciones patronales a la culminación del contrato de trabajo y resarcir los perjuicios ocasionados por la mora; pero su imposición no procede de manera automática e inexorable ante el incumplimiento de pago, sino que se ha recabado sobre su carácter subjetivo que compele a hacer miramientos sobre la buena o mala fe en el proceder del empleador incumplido, de modo que este puede exonerarse de su fustigación, si comprueba que tuvo justificaciones atendibles que lo abstuvieron de realizar el pago de las prestaciones sociales o salarios insatisfechos, tal y como lo establecido la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 24397 del 13 de abril

de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

Bajo tal parámetro es claro que la entidad accionada NIETO Y MILEVCIC LTDA, no hizo ningún esfuerzo probatorio para justificar su actuación, en el sentido de no pagar a la terminación del contrato de trabajo los salarios y prestaciones debidos al actor; además de no demostrarse el pago, tampoco se ofreció justificación alguna por parte del representante legal de la misma del porqué no efectuó el pago, ni aportó documento alguno que diera cuenta de la situación alegada en el interrogatorio de parte absuelto, esto es, la difícil situación económica de la empresa. Por lo que se avizora que, tal proceder de ninguna manera permite ubicar su actuación en el escenario de la buena fe, en tanto aparece evidente la intención de lesionar los derechos laborales y sociales del aquí demandante, sin demostrar razones satisfactorias y justificativas de su conducta, que la exoneren de la sanción contemplada en el art. 65 del CST.

En otro giro, debe añadir la Sala que, en todo caso, la justificación de la parte demandada para su actuar omisivo en el pago de las prestaciones sociales se circunscribe a la grave situación financiera de la sociedad, a su juicio un hecho que da origen a la buena fe que da lugar a absolver a la demandada por el concepto objeto de estudio, lo cual no es recibo, pues la Ley sustantiva laboral expresamente tiene prescrito en su artículo 28 que el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas operacionales del empresario o patrono.

Aceptar la tesis del recurrente, de no imponer condena por tales razones es como otorgar una patente de corso al incumplimiento sistemático de las obligaciones laborales de los empresarios privados que, por el manejo irregular de sus negocios, se ven abocados a crisis como la que aparentemente soporta la entidad demandada; se itera, ello no la exonera del pago de la sanción moratoria por no cancelar a la promotora del litigio y a la terminación de su contrato de trabajo el valor de los salarios y prestaciones sociales adeudadas (ver al respecto la sentencia CSJ SL2885-2019, del 17 de julio de 2019); razón por la que a juicio de la Sala debe imponerse la condena reclamada.

Consecuente con lo anterior, esta Sala revocará parcialmente la decisión de primera instancia, y como ya se expuso, condenará a la demandada al pago de la indemnización del Artículo 64 del CST, por encontrarse demostrado que existió despido indirecto, en lo demás se confirmará. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, para en lugar CONDENAR a la demandada NIETO Y MILEVCIC LTDA, a pagar al demandante JAVIER TIBERIO CARRIPÓN TUNJO, la suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS ($2'458.860), por concepto de indemnización contenida en el art. 64 del C.S.T., conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA OTILIA CASAS VARGAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Rad. 110013105-021-2019-00754-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el día 03 de diciembre de 2020.

ANTECEDENTES

La señora MARIA OTILIA CASAS VARGAS como pretensiones principales depreca se declare que, es pensionada Colpensiones desde el 25 de diciembre de 2013; así mismo, se declare que esta entidad cometió un error de liquidación en el IBC al no tomar los factores salariales al servicio del Banco Popular, entre el 11 de agosto de 1979 y el 01 de noviembre de 1999, por tanto hay un error en la liquidación del IBL y por ello, se le adeuda el pago mensual que corresponde a la diferencia entre el IBL calculado y el real para el año 2013; en consecuencia se condene a Colpensiones a re-liquidar el IBC e IBL de la pensión de jubilación contenida en la mencionada Resolución, que efectúe el incremento legal de cada año, sobre el valor real de la pensión jubilación objeto de la demanda, a partir del momento en que se causó el derecho; así como la actualización de la base salarial que devengaba al momento de su último aporte realizado, esto es en diciembre de 1999 al 25 de diciembre de 2013, con base en el IPC certificado por el DANE; a reconocer y pagar el interés moratorio; a la indexación, lo ultra y extra petita, igualmente al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que laboró en el Banco Popular, en calidad de trabajadora oficial, desde el 11 de agosto de 1979 hasta el 02 de noviembre de 1999; COLPENSIONES mediante Resolución 220702 del 16 de junio de 2014, le reconoció el pago de la pensión por aportes, a partir del 25 de diciembre de 2013 teniendo en cuenta solamente el registro de las semanas cotizadas a los riesgos de invalidez, vejez y muerte del 01 de julio de 1996 al 30 de noviembre de 1999, en los cuales hay carencia de aportes que afectan el IBC y el IBL de su pensión. Señaló que Colpensiones en la liquidación de los últimos 10 años no tuvo en cuenta todos los tiempos y factores salariales que devengó en el Banco Popular, existiendo una diferencia de $295.077 en la mesada pensional reconocida en el año 2013. En tal sentido, solicitó liquidación de la mesada pensional a un actuario, quien le estableció una mesada con IBL de $1.883.335, para el año 2014. Por lo cual, el 19 de febrero de 2019 presentó reclamación administrativa para obtener la re-liquidación del IBL desde la fecha en la que cumplió los requisitos, el 25 de diciembre de 2013, obteniendo un reajuste, incrementándolo a la suma de $1.660.773, razón por la cual elevó recurso de apelación contra dicha decisión y mediante respuesta la accionada reliquidó el IBL disminuyendo el valor reconocido de $1.660.773 a $1.480.303, con efecto a partir del año 2019. Sin embargo, asegura que su mesada para el año 2016 debía ser por un valor de $1.563.325. Que en el estudio de la pensión Colpensiones omitió el estudio de aplicación de la primera vigencia de la Ley 100/1993, siendo esta norma más favorable por la tasa de remplazo del 85% pues en la Resolución del 26 de junio de 2019 le reconoció 1.051 semanas, las cuales le fueron disminuidas en la Resolución del 22 de agosto de 2019. Por último, señaló que conforme a los formularios que aportó a Colpensiones tuvo la oportunidad de hacer el cobro del bono pensional incluyendo los factores salariales y cobrar coactivamente las sumas adeudadas por el Banco Popular, si a ello hubiera lugar (Fls. 05 a 14).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, para ello manifestó que esta entidad ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez a favor de la actora, teniendo en cuenta la Ley 71/1988, con base en 1040 semanas de cotización, con una mesada pensional en cuantía de $1.096.160, efectiva a partir del 25 de diciembre de 2013. Así mismo, mediante Resolución del 26 de junio de 2019 se dio cumplimiento a la pretensión de la accionante reliquidando su pensión, teniendo en cuenta una mesada pensional por un valor de $1.245.580, a partir del 19 de febrero de 2016. Nuevamente y con el objetivo de resolver el recurso de apelación instaurado por la demandante ante la anterior decisión, se resolvió hacer una nueva reliquidación, a partir del 19 de febrero de 2016, correspondientes a 1040 semanas ya que actualmente cuenta con 64 años de edad. Anudado a lo anterior, sostuvo que para calcular

el IBL para aquellas personas beneficiarias del régimen de transición, que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio devengado entre el tiempo que les hiciera falta para ello, o el tiempo cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior y actualizado anualmente conforme al IPC. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia del derecho reclamado», «cobro de lo debido», «buena fe de Colpensiones», «no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni indexación o reajuste alguno», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «carencia de causa para demandar», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «compensación», «prescripción» e «innominada o genérica» (CD fl 73).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 03 de diciembre de 2020, negó las pretensiones incoadas por la demandante contra Colpensiones y condenó en costas a la parte actora.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en síntesis, que Colpensiones había efectuado el estudio de la reliquidación pensional evidenciándose valores en favor de la demandante; precisando en torno a la inclusión de todos los factores salariales, que en la demanda no se precisan cuáles fueron los factores salariales tenidos o no en cuenta para la liquidación de su prestación vitalicia, aclarando que la Corte Suprema de Justicia ha señalado en reiteradas ocasiones que en lo concerniente a factores salariales que se deben tener en cuenta para calcular el IBL, estos deben ser los que se encuentre previstos en la norma vigente para el momento del reconocimiento prestacional; por ende, todas aquellas pensiones que se hubieren causado y otorgado en vigencia de la Ley 100 de 1993, incluso originadas en el régimen de transición se liquidarán en concordancia con los factores salariales taxativamente dispuestos en el artículo 1º del Decreto 1158/1994. En este punto consideró, que el órgano de cierre ha diferenciado los salarios devengados y cotizados por el trabajador, por lo que indicó la distinción entre el salario devengado y cotizado. Teniendo en cuenta lo anterior, estimó que en el caso bajo estudio, en los salarios mes a mes, expedidos por el Banco Popular, no se reportaron factores salariales distintos a las asignaciones básicas para cada mensualidad, situación que es corroborada con los formatos allegados por la misma entidad financiera al expediente, mientras que en la historia laboral actualizada el 26 de agosto de 2020, si se reportan algunas cifras superiores a dichas asignaciones básicas; así mismo, al ser contrastada la historia laboral allegada por Colpensiones frente a la certificación de acumulados aportada por la parte demandante, se dedujo que en este último tiempo se tuvieron en cuenta para efectos de su cotización al ISS algunos de los factores salariales relacionados en el Decreto

1158/1994, los cuales se tuvieron en cuenta para el cálculo de su prestación de jubilación. De este modo, conforme a los documentos aportados, efectuó la liquidación del IBL teniendo en cuenta los factores salariales efectivamente cotizados en los últimos 10 años de servicio, obteniendo un IBL de $1662.894 actualizado al año 2016 y al aplicarle la tasa de remplazo del 75%, se obtiene como valor obtenido de la mesada pensional, la suma de $1.247.171, para esa misma anualidad, observándose una diferencia mínima frente a la pensión de jubilación reliquidada en la Resolución pues esta arrojó un valor de 1.252.613 para el mismo 2016; diferencia que consideró podría ser derivada por los decimales que toma la entidad para efectos de poder realizar las operaciones. Aclaró que, en el presente asunto no es procedente tener en cuenta valores diferentes sobre los que el empleador no realizó aportes al Fondo de pensiones pues si bien el Banco Popular en la certificación de acumulados incluyó valores superiores de los tenidos en cuenta por Colpensiones y los reportados en el formato, indicó, que esta entidad efectuó la liquidación de conformidad con los factores cotizados, esto es Colpensiones, y reportados por el empleador y en el evento que los aportes devengados no se realicen, sería la entidad empleadora la llamada a responder por la diferencia de aportes y no el fondo de pensiones pues no es posible atribuirle dicha obligación. En ese orden, señaló que para el cálculo tuvo en cuenta los factores salariales cotizados a Colpensiones, los reportados en la historia laboral sin que sea posible incorporar los valores distintos que no fueron aportados por la entidad empleadora ni variables de IBL ya que este asunto no es competencia de la entidad de seguridad social, que aquí resultó ser la única demandada.

De otro lado, indicó que a la actora no le corresponde que se le aplique el porcentaje del 85% del IBL establecido en la Ley 100 de 1993, pues al ser beneficiaria del régimen de transición, tanto el monto como la edad de pensión deben regirse por la regulación anterior, es decir la Ley 71 de 1988; además, en el evento hipotético de aplicarle dicho porcentaje, no resultaría ser beneficioso para la demandante toda vez que la misma acreditó 1051 semanas cotizadas, por lo que el monto de la liquidación sería del 67% y este en comparación con el 75% que le fue otorgado por Colpensiones le resulta en perjuicio, por lo que se efectuó el reconocimiento de la prestación con base en la Ley 71 de 1988, por ser beneficiaria del régimen de transición.

RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandante, inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, considerando para tal efecto que la demandante tiene el derecho constitucional e irrenunciable a tener una correcta liquidación del IBL, respecto de su pensión obtenida por la Ley 71 de 1988 que está a cargo de Colpensiones, administradora que con su error de liquidación afecta a la actora en su patrimonio, ya que no tuvo en cuenta el IBL por un valor de $1.883.335 según su liquidación particular, que arroja una mesada para el año

2013 de $1.412.501 y no de $1.096.160 como quedó en las resoluciones expedidas por la demandada, las cuales afectan el verdadero IBL de la demandante.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos, COLPENSIONES solicitando la absolución de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. La parte actora, por su parte en similares términos a los de la alzada solicitó que se acceda al derecho pretendido.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer si procede la reliquidación de la pensión de vejez de la que hoy goza el demandante, en lo atinente a la forma de liquidación del IBL, específicamente en lo que refiere a la inclusión de la totalidad de los factores salariales percibidos.

CONSIDERACIONES

Se encuentra acreditado dentro del plenario que a la demandante le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones mediante la Resolución GNR 220702 del 16 de junio de 2014, a partir del 25 de diciembre de 2013, por encontrarse acreditados los requisitos de la ley 71 de 1988, con un IBL de $1.461.546 y otorgándose una tasa de remplazo del 75% para una mesada inicial de $1.117.426, en aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (fls. 25 a 28). Dicha mesada fue objeto de reajuste mediante la Resolución SUB 165294 del 26 de junio de 2019 en cuantía actualizada al año 2016 en la suma de $1.245.580 y para el año 2019 en $1.414.675 (fl. 49 a 53), siendo modificada nuevamente por la Resolución DPE 8289 del 22 de agosto de 2019, fijando la cuantía para el año 2016 en la suma de $1.252.613 (fls. 59 a 64 y CD fl. 73), en todos y cada uno de los citados actos administrativos se determinó que la prestación se reconocía con el IBL promedio de los últimos 10 años de cotizaciones, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

De igual modo se encuentra probado en el expediente que la demandante laboró al servicio del Banco Popular entre el 11 de agosto de 1979 y 01 noviembre de 2011, sin que haya sido afiliada a las contingencias de invalidez, vejez y muerte, por el periodo comprendido entre el 11 de julio de 1979 y el 03 de julio de 1996, por falta de cobertura en el municipio donde prestó sus servicios, Santana – Boyacá, tal como se desprende de la certificación obrante a folio 86 y de la Certificación Electrónica de Tiempos Laborados -CETIL del Ministerio

de Hacienda – Oficina de Bonos Pensionales y el Banco Popular como entidad certificadora (fls. 87 a 91).

Así las cosas, se procede al estudio puntual de los reparos en la alzada por la parte demandante respecto del IBL, para lo cual advierte la Sala que de manera pacífica la H. Sala Laboral de la CSJ determinó que el cálculo del IBL de las pensiones concedidas por el régimen de transición, se determinan con base en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece que para quienes a 1º de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello. En caso de resultar más favorable el valor de la mesada pensional con base en todo el tiempo cotizado, se tomará éste, y así ha sido avalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[1].

En el evento de que al trabajador le faltare más de 10 años para adquirir la pensión a 1º de abril de 1994, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de vejez. A su vez, el inciso 2° de la citada regulación permite su cálculo con base en lo devengado durante toda la vida laboral, en caso de resultarle más favorable, pero para ello debe haber cotizado más de 1250 semanas[2].

En ese orden de ideas acogiendo el anterior criterio jurisprudencial, se tiene que la demandante cumplió la edad de los 55 años de edad, el 25 de diciembre de 2013, pues nació el mismo día y mes del año 1958 (fl. 15), fecha que permite colegir que la causación del derecho se generó faltándole más de 10 años contados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, en su caso, al 1º de abril de 1994, situación que traduce en que la liquidación del IBL deba ser realizada conforme al promedio salarial devengado en los últimos 10 años de cotizaciones, contados desde la fecha en que se retiró del sistema de pensiones, que en este caso fue el 1 de noviembre de 1999, cuando dejó de prestar sus servicios al Banco Popular S.A. (f. 29).

Dicho cálculo, debe realizarse según la fórmula establecida por la Sala de Casación Laboral, a partir de la sentencia CSJ SL, 06 dic. 2007, rad. 32020, por razones:

$$VA = VH \times \frac{\text{IPC Final}}{\text{IPC Inicial}}$$

De donde:

VA = IBL o valor actualizado

[1] Sentencias del 23 de abril de 2003 Rad. 19459, la del 4 mayo de 2011 Rad.39127, entre otras.
[2] Sentencia 40552 del 1º de marzo de 2011.

VH = Ingreso base de cotización

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de causación de la pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad para cada ingreso base de cotización.

En ese orden, el IPC a tener en cuenta para la actualización del IBL, tanto el inicial como el final, es el correspondiente a la última anualidad para cada ingreso base de cotización, criterio éste que se ha utilizado de manera uniforme en la jurisdicción ordinaria laboral para determinar el valor del IBL de las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición.

Ahora, en cuanto a los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para el cálculo de las pensiones de jubilación reconocidas en virtud del régimen de transición, corresponde a los determinados en el Decreto 1158 de 1994, conforme ha sido decantado por la CSJ y así lo ha dejado ver entre otras, en las sentencias SL17777-2016, SL4657-2017 y SL4961-2018; y frente a los factores salariales que devengó la demandante, según se advierte en el certificado electrónico de tiempos laborados de folios 87 a 91, únicamente la asignación básica, aspecto que en todo caso no fue rebatido en la alzada, siendo ese entonces el ingreso base de cotización con que se reportó su aporte en el resumen de semanas cotizadas de COLPENSIONES visible de folios 29 a 31, por lo menos desde el 01 de julio de 1996, donde incluso se observan valores superiores para algunos periodos y en cuanto al tiempo no cotizado según hoja de prueba vista en el expediente administrativo a COLPENSIONES sólo se le reportó la mencionada asignación básica.

En consecuencia, en aras de determinar si los cálculos efectuados tanto por la juez de primer grado como por COLPENSIONES, se procedió a efectuar la liquidación de IBL debidamente actualizado con base en los IPC certificados por el DANE, teniendo en cuenta para ello como IPC final 111,820 que corresponde al mes de diciembre anterior al año 2013 cuando se reconoció la pensión, de igual forma, se advierte que el IPC inicial correspondió al del mes de diciembre de cada año anterior al salario a actualizar, es decir, conforme a los lineamientos trazados por la jurisprudencia laboral para realizar la actualización de la base salarial, así:

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO COTIZADO	SBC	ÍNDICE INICIAL	ÍNDICE FINAL	DÍAS DEL PERIODO	SALARIO INDEZADO	IBL
DESDE	HASTA							
29/11/1989	31/12/1989	$ 73.636	1	6,570000	111,820000	33	1.253.269	$ 11.488,30
1/01/1990	31/12/1990	$ 95.727	1	8,280000	111,820000	365	1.292.777	$ 131.073,22
1/01/1991	31/12/1991	$ 126.704	1	10,960000	111,820000	365	1.292.704	$ 131.065,87
1/01/1992	31/12/1992	$ 162.181	1	13,900000	111,820000	366	1.304.682	$ 132.642,67
1/01/1993	31/12/1993	$ 202.937	1	17,400000	111,820000	365	1.304.162	$ 132.227,52
1/01/1994	31/12/1994	$ 251.642	1	21,330000	111,820000	365	1.319.203	$ 133.752,57
1/01/1995	31/12/1995	$ 303.229	1	26,150000	111,820000	360	1.296.637	$ 129.663,74

1/01/1996	30/06/1996	$ 365.270	1	31,240000	111,820000	180	1.307.442	$ 65.372,11
01/07/1996	31/08/1996	$ 365.000	1	31,240000	111,820000	60	1.306.476	$ 21.774,59
01/09/1996	30/09/1996	$ 381.000	1	31,240000	111,820000	30	1.363.746	$ 11.364,55
01/10/1996	30/11/1996	$ 365.000	1	31,240000	111,820000	60	1.306.476	$ 21.774,59
01/12/1996	31/12/1996	$ 731.000	1	31,240000	111,820000	30	2.616.531	$ 21.804,42
01/01/1997	30/04/1997	$ 450.000	1	38,000000	111,820000	120	1.324.184	$ 44.139,47
01/05/1997	31/05/1997	$ 675.000	1	38,000000	111,820000	30	1.986.276	$ 16.552,30
01/06/1997	30/06/1997	$ 1.045.000	1	38,000000	111,820000	30	3.075.050	$ 25.625,42
01/07/1997	30/09/1997	$ 450.000	1	38,000000	111,820000	90	1.324.184	$ 33.104,61
01/10/1997	31/10/1997	$ 1.184.000	1	38,000000	111,820000	30	3.484.076	$ 29.033,96
01/11/1997	30/11/1997	$ 900.000	1	38,000000	111,820000	30	2.648.368	$ 22.069,74
01/12/1997	31/12/1997	$ 924.000	1	38,000000	111,820000	30	2.718.992	$ 22.658,26
01/01/1998	30/04/1998	$ 536.000	1	44,720000	111,820000	120	1.340.240	$ 44.674,66
01/05/1998	31/05/1998	$ 804.000	1	44,720000	111,820000	30	2.010.360	$ 16.753,00
01/06/1998	30/06/1998	$ 1.072.000	1	44,720000	111,820000	30	2.680.479	$ 22.337,33
01/07/1998	31/08/1998	$ 536.000	1	44,720000	111,820000	60	1.340.240	$ 22.337,33
01/09/1998	30/09/1998	$ 1.412.000	1	44,720000	111,820000	30	3.530.631	$ 29.421,93
01/10/1998	31/10/1998	$ 536.000	1	44,720000	111,820000	30	1.340.240	$ 11.168,66
01/11/1998	31/12/1998	$ 1.072.000	1	44,720000	111,820000	60	2.680.479	$ 44.674,66
01/01/1999	30/04/1999	$ 636.000	1	52,180000	111,820000	120	1.362.927	$ 45.430,89
01/05/1999	31/05/1999	$ 954.000	1	52,180000	111,820000	30	2.044.390	$ 17.036,58
01/06/1999	30/06/1999	$ 1.273.000	1	52,180000	111,820000	30	2.727.997	$ 22.733,30
01/07/1999	31/07/1999	$ 636.000	1	52,180000	111,820000	30	1.362.927	$ 11.357,72
01/08/1999	31/08/1999	$ 1.675.000	1	52,180000	111,820000	30	3.589.469	$ 29.912,24
01/09/1999	30/09/1999	$ 636.000	1	52,180000	111,820000	30	1.362.927	$ 11.357,72
01/10/1999	31/10/1999	$ 785.000	1	52,180000	111,820000	30	1.682.229	$ 14.018,57
01/11/1999	1/11/1999	$ 953.000	1	52,180000	111,820000	1	2.042.247	$ 567,29
TOTAL, DÍAS DEL CÁLCULO 10 AÑOS						3.600		
TOTAL, SEMANAS DEL CÁLCULO 10 AÑOS						514,29	IBL	$1.480.969,80
TASA DE REEMPLAZO		75%					PENSIÓN	$1.110.727,35
SALARIO MÍNIMO		2.013					PENSIÓN MÍNIMA	589.500,00

En tal sentido, el cálculo arrojó un IBL más favorable teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de su vida laboral de $1.480.969,80, al cual se le aplicó como tasa de remplazo el 75%, arrojando una mesada pensional de $1.110.727,35 para el año 2013, la cual, una vez actualizada anualmente conforme al IPC, arrojó lo siguiente:

AÑO	Variación IPC	Mesada
2.013	0,0194	1.110.727,35
2.014	0,0366	1.132.275,46
2.015	0,0677	1.173.716,74
2.016	0,0575	1.253.177,37
2.017	0,0409	1.325.235,07
2.018	0,0318	1.379.437,18
2.019		1.423.303,28

Es decir, que resulta una mesada superior a la concedida por COLPENSIONES, pues arroja una diferencia al año 2016, de $564,37, cifra irrisoria que no da lugar a la reliquidación invocada, puesto que la misma puede obedecer a las fórmulas que para su

cálculo hayan sido utilizadas, como por ejemplo el uso de decimales, razón por la cual no se accederá al reajuste deprecado.

En tal sentido, se impone la confirmación de la sentencia de primer grado. Así se determinará, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por RAMIRO GÓMEZ QUINTERO contra CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUES DEL PORVENIR. Rad. 11001 31 05 001 2018 00150 01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, frente la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, el día 03 de diciembre de 2020.

ANTECEDENTES

El señor RAMIRO GÓMEZ QUINTERO, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra del CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUES DEL PORVENIR - PROPIEDAD HORIZONTAL, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato verbal entre las partes. Como consecuencia de lo anterior, se condene al demandado al pago de las prestaciones sociales, auxilio de transporte, vacaciones, así como del pago de las sanciones por el despido sin justa causa; e igualmente se le condene al pago de la seguridad social a partir del 13 de abril de 2013 hasta el 15 de julio de 2017; valores que deberán ser indexados. Finalmente, solicitó se condene conforme las facultades extra y ultra petita, así como al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que fue vinculado a través de contrato verbal el 13 de abril de 2013, como administrador y representante legal del conjunto residencial demandado, que devengó un salario de $850.000, hasta el 15 de julio de 2017, fecha en que finalizó su contrato sin justa causa; explicó que en el año 2015, firmó

un contrato de prestación de servicios con la demandada; sin liquidar el primero verbal, el 03 de julio de 2017 firmó un nuevo contrato de prestación de servicios con duración hasta el 15 de julio de 2017; recalcó que desde el 13 de abril de 2013 fecha en la que inició el vínculo laboral, no le fueron pagadas prestaciones sociales, vacaciones y seguridad social; que el 6 de diciembre de 2017 envió una carta a la demandada haciendo la invitación para llegar a un acuerdo respecto de los derechos laborales, reunión que se llevó a cabo el 21 de diciembre de 2017, sin que la pasiva hiciera ofrecimiento alguno (fls. 3 a 6 y 18 a 20).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ANGEL ASDRUBAL CAMACHO VILLARRAGA actuando en causa propia y como representante legal del CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUES DEL PORVENIR, dio contestación a la demanda, con oposición a la declaratoria de la existencia de relación laboral, en la medida que el demandante fue vinculado a través de un contrato de prestación de servicios de carácter civil, que no cumplió con los elementos de un contrato de trabajo; toda vez que el mismo contaba con la libertad de un contratista, sin supeditarse a órdenes de consejeros, y se asignaba las horas en las cuales podía atender a la comunidad; asimismo, puntualizó que no puede alegar un despido sin justa causa puesto que su vínculo fue de carácter civil, consecuentemente acusó que no es dable conceder las prestaciones económicas solicitadas. Propuso como excepciones de fondo las de: «inexistencia de la obligación», «cobro de lo no debido», «temeridad y mala fe procesal», «prescripción», «Excepción subsidiaria. Compensación y enriquecimiento injusto» (fls.28 a 40).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 03 de diciembre de 2020, declaró probadas las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. En consecuencia, absolvió a la demandada CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUES DE PORVENIR, de todas las pretensiones incoadas por el demandante, e igualmente lo condenó en costas. Como quiera que no fue presentado recurso de apelación, remitió el expediente en consulta por ser la presente providencia completamente adversa a los intereses del demandante.

Para arribar a tal conclusión, el despacho señaló que la parte accionante no logró como le corresponde, conforme la carga dinámica de la prueba, demostrar la subordinación, así como el cumplimiento de un horario, sin que sea suficiente que la demandada se haya beneficiado directamente de su labor. Resaltó que para la existencia de un contrato de trabajo, deben verificarse los elementos establecidos en el artículo 23 del Código

Sustantivo del Trabajo tales como la actividad personal del trabajador, su continua dependencia y un salario como retribución del servicio, elementos que no se lograron demostrar en el juicio. Además, resaltó que el demandante sólo tenía las funciones establecidas en el artículo 51 de la Ley 675 de 2001, para el desarrollo del cargo, no logrando probar que haya recibido órdenes de los miembros del consejo de administración; agregó que dada la autonomía del actor, presentaba cuentas de cobro por los honorarios acordados con la parte demandada; y puntualizó que los testigos fueron contestes en señalar que actuaba con plena autonomía, que no estaba supeditado al cumplimiento de un horario y que cumplía como administrador en otras copropiedades.

Por todo lo anterior, concluyó que no repudia a la naturaleza del servicio no laboral, estando la parte demandante obligada a probar las normas que invoca a su favor, empero al no acreditar de forma clara y fehaciente que tuviera un vínculo con la demandada, no puede partirse de meras suposiciones para acceder a lo pretendido, por cuanto reiteró no se demostró la relación laboral que solicitaba fuera declarada en el presente proceso.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer si existió o no un contrato de trabajo realidad entre el Señor RAMIRO GÓMEZ QUINTERO y el CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUES DEL PORVENIR, en caso afirmativo, determinar si proceden las condenas solicitadas.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

Así las cosas, se procede a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS.

- INTERROGATORIO DE PARTE DEMANDANTE RAMIRO GÓMEZ, explicó que si bien es cierto que se vinculó mediante un contrato de prestación de servicios, con el tiempo se constituyó en una relación de trabajo, que duró 5 años, en la cual le pidieron exclusividad; asimismo, explicó que tenía tareas claras y definidas, que cualquier tipo de gasto debía contar con la firma del tesorero ya que por sí solo, no tenía autonomía, razón por la cual debía estar sujeto a las disposiciones del consejo de administración; recalcó que su pago se dio como se iba trabajando con los demás administradores, inicialmente de manera mensualmente y con posterioridad lo cambiaron de manera quincenal; respecto a los horarios de administración, precisó que le eran impuestos, que en ocasiones lo hacían trabajar incluso los sábados, pues como vivía en el conjunto lo interrumpían en su domicilio para trabajar; agregó que estaba disponible para el conjunto todo el tiempo, que entre sus funciones también estaba colocar querellas, y que el Consejo de Administración le dejó la responsabilidad de la convivencia, donde manifestó que incluso se vio en la obligación de desmontar consumo de drogas dentro del conjunto. Informó que tenía un horario obligatorio para atender a la comunidad, así como para las reuniones del consejo, recordó que si no se presentaba hacían escándalos, y que en alguna oportunidad por medio de un megáfono anunciaron su inasistencia. Aseveró que nunca aceptó la carta de despido, porque recalco que su trabajo fue juzgado en aproximadamente 8 o 9 asambleas durante 5 años, tiempo en el cual manifestó no existió inconformidad con su trabajo; resaltó que la carta de despido no tiene motivos ciertos; recordó que le hicieron un atentado en su apartamento, lo golpearon, razón por la cual tuvo que venderlo; recalcó que existió una persecución de aproximadamente 20 familias, de los 432 apartamentos que son. Aseguró que pidió permiso para trabajar en otro conjunto de nombre

"AMERICAS 2", hasta donde llegaron con la persecución a destruir su buen nombre y reputación; señaló que tenía buenas relaciones en la alcaldía local de Bosa, y que un consejero lo suplanto en la alcaldía como administrador para radicar un acta falsa. En cuanto al inicio de sus funciones recordó que en el 2013, había un conflicto entre la administradora de la época, el consejo de administración y el contador, razón por la cual se hizo una comisión de verificación de estados financieros, del cual formo parte, donde se evidenciaron fallas en los estados financieros; así que propusieron un plan de contingencia, momento para el cual, la asamblea lo nombró como administrador temporal; explicó que al cabo de 6 meses se nombró un revisor fiscal adicional, y firmó un contrato de prestación de servicios, informó que entre las condiciones para su ingreso fue que trabajara exclusivamente y en el horario determinaban; resaltó que en su administración se recuperó cartera, por lo que realizaron obras. Explicó que al acuerdo económico al que llegaron por la prestación de servicios fue por un poco más del salario mínimo; en cuanto a las razones que adujo la demandada para dar por terminado el contrato explicó que en la carta se estableció el incumplimiento sistemático de funciones, sin embargo aseveró que lo hicieron por sacarlo del conjunto a la fuerza. Frente a la persecución, consideró que fue por motivos personales, toda vez que tenía que enfrentarlos en asambleas defendiendo a la comunidad, pero manifestó que algunas personas se unieron para hacerle una persecución, aseveró que algunas noches llegaba a otro apartamento, para que el consejo no le hiciera un levantamiento, adicional a ello manifestó que decían calumnias sobre su trabajo, trajo a colación el ejemplo del bicicletero, del cual afirmó la comunidad estaba feliz, pero fueron a la alcaldía a tratar de demoler la obra porque se había pasado 1 metro de zonas verdes, y debía demolerse y arreglarse, no obstante no le permitieron terminar, concluyó que en una oportunidad colocaron aceite quemado en su puerta para prenderle fuego, razón por lo que tuvo que vender el apartamento.

- TESTIMONIO DE VERÓNICA FAJARDO MOSQUERA, manifestó conocer al demandante porque era su vecino y adicional a ello porque trabajó como su asistente; recalcó que las funciones de él como administrador eran atender a la comunidad y cumplir con los requerimientos para los cuales se le había contratado; explicó que mediante una asamblea fue nombrado como administrador del conjunto, sin embargo para ese momento no trabajaba con él, que fue para el periodo de 2013 y luego otra vez en el 2014; agregó que cuando trabajó con él, le consta que se reunía con el consejo, tomaban en cuenta las obra que habían dejado estipulados; sin embargo resaltó que él era autónomo de elegir las obras que se hacían y los oferentes; explicó que sabe que tenía un contrato escrito pero no la modalidad, del mismo modo desconoce el valor de los honorarios, sin embargo sabe que para el pago de estos requería la firma del presidente que estuviera en esos

momentos y de él como administrador; en cuanto a los motivos por los cuales el demandante dejó de prestar sus servicios al conjunto, manifestó que fue destituido porque encontraron irregularidades en las labores que desempeñaba, agregó que sus funciones eran las de archivar la correspondencia de cada apartamento, y cuando el señor RAMIRO no estaba, escribía quien había ido; resaltó que no sabe si demandante tenía un horario estipulado en el contrato, pero él le decía que tenían que trabajar de lunes a viernes de 4pm a 8 de la noche y los sábados de 9am a 4 pm, que si estaba él o no, de igual modo debía abrir la oficina.

En cuanto a las prestaciones sociales, informó que la clase de contrato que tenía el señor RAMIRO, no tenía prestaciones; recordó que trabajó con él, desde julio de 2014 a agosto o septiembre de 2015; aseveró que el señor RAMIRO no recibía órdenes del consejo de administración, que se hacían reuniones donde se tomaba en cuenta labores pendientes por hacer, pero el señor RAMIRO siempre fue autónomo en las reuniones, daba su punto de vista, cuando se hacía una contratación, él traía los oferentes y aclaraba cuál propuesta estaba mejor y porqué razones, de ello quedaba constancia en las actas, reiteró que él tomaba las decisiones como administrador, y no estaba supeditado a las órdenes de alguien. Agregó que el pago al demandante se hacía por cuenta de cobro quincenalmente, que él mismo pagaba, pasaba su cuenta de cobro, lo firmaba él como administrador y la persona que estuviera como tesorero. Sostuvo que quien siempre tomó la vocería de las decisiones que se tomaron era don RAMIRO, que las personas siempre tenían a alguien que recibía la información, sin embargo la solución la brindaba don RAMIRO.

- TESTIMONIO CINDY KATHERINE RODRIGUEZ TORRES, explicó que conoce al demandante porque fue el administrador del conjunto donde vive y adicional a ello, porque fue consejera; recordó que el señor RAMIRO fue administrador en el año 2014- 2015; que entre sus funciones estaban las de conservar el conjunto, administrar los recursos, expedir estados de cuentas, y sugerir cambios, recalcó que era autónomo e independiente; que los convocaba al consejo para explicar su plan de trabajo, o lo que él quería hacer, adicional a ello comentó que otras de las funciones del demandante, era dar a conocer el presupuesto, los estados financieros del conjunto, y atender a las personas en la oficina, puntualizó que a veces estaba él, o las asistentes que fueron contratadas por él mismo VERÓNICA y SONIA; resaltó que el demandante no cumplía un horario, que él ofreció unas horas a la copropiedad, pero no se le impuso un horario, siendo siempre autónomo; en cuanto a los honorarios explicó que no recuerda con exactitud el valor pagado; añadió que el demandante prestó sus servicios hasta el 2016, porque se presentaron muchos inconvenientes en la copropiedad, estando

dividida, unos a favor y otros que habían evidenciado situaciones que no les gustaba del señor RAMIRO, recordó que una vez esté agredió a uno de los vecinos. Señaló que tras averiguaciones del bicicletero, se evidenció que este no tenía la licencia de funcionamiento, y debía ser demolido; recalcó que el demandante era autónomo en las decisiones de su cargo, que nunca se le dio una orden, que él administraba bajo su voluntad, y se autodireccionaba, añadió que no recuerda que se haya requerido al accionante a altas horas de la noche por problemas de la copropiedad. Indicó que no existe ningún acta, donde se le solicitará al demandante cumplir con una función impuesta por el consejo, reiteró que no tenía un horario fijo, razón por la cual a veces estaba, como a veces estaba la señora VERÓNICA o la señora SONIA, él ofreció unas horas, que publicaba en una cartelera fuera de la administración; precisó que la gestión del señor RAMIRO se evaluaba en las reuniones a las que él citaba que muchas veces eran mensuales.

TESTIMONIO DE KAROL JULIANA CASTAÑO SALAZAR, explicó conocer al demandante desde el 2013, cuando empezó a ejercer sus funciones como administrador, que entre sus funciones estaban las de realizar pagos, gestionar cartera, y atender a la comunidad; recalcó que en el 2017 ella fue presidente del consejo; motivo por el cual le consta que el demandante tenía un contrato de prestación de servicios; que dejó de prestar sus funciones, porque se realizó la terminación unilateral, con ocasión a que el señor RAMIRO, redujo las áreas comunes, así mismo para la obra del bicicletero no solicitó las licencias, motivo por el cual este fue demolido; asimismo informó que se realizó una cancha detrás de una de las torres, que quedó en obra negra, y que realizó una huerta, que trajo consecuencias, como humedad y animales; por lo anterior precisó que el señor RAMIRO prestó sus servicios hasta el año 2017, entre julio o principios de agosto, y unilateralmente se realizó su despido que fue firmado por ella como presidente, y otras 2 miembros del consejo. En cuanto a los honorarios, resaltó que el señor RAMIRO recibió alrededor de un millón de pesos, que al ser independiente se pagaba él mismo, mediante el token, y luego lo llevaba al consejo; respecto el control sobre las actividades que hacía el demandante, preciso que se él convocaba a reuniones y les entregaba documentos de su gestión; aclaró que el señor RAMIRO no tenía que cumplir un horario para la atención de los residentes; aseveró que escuchó que previó a su presidencia el demandante firmó con 2 presidentes, un contrato de prestación de servicios. Reiteró que el señor RAMIRO era autónomo, toda vez que él estableció su horario, atendía a su disposición, era autónomo de tomar sus decisiones, se pagaba él solo, determinaba quien trabajaba con él en el conjunto; recordó que incluso nombró la tesorera; concluyó que uno de los motivos para terminar su contrato de prestación de servicios fue porque habían varios

copropietarios a los que no le subían al sistema los pagos que hacían, por temas personales con el señor RAMIRO él no le subía los pagos al sistema.

De la misma manera, fueron allegadas las siguientes pruebas documentales:

- Acta de asamblea extraordinaria N 007 de abril 13 de 2014, mediante la cual se da continuidad como administrador al señor RAMIRO GOMEZ QUINTERO (fls. 41 a 43).
- Contrato de prestación de servicios del administrador y representante legal, firmado por la presidente del consejo de administración del CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUES DEL PORVENIR, señora JULIANA CASTAÑO, y el señor RAMIRO GOMEZ QUINTERO (fls. 44).
- Documento con fecha del 29 de abril de 2013, titulado "Solicitud cambio de Representación Legal", de acuerdo a Acta N° 001 de 2013, mediante la cual se nombró al señor RAMIRO GÓMEZ QUINTERO como nuevo administrador en el periodo de abril 15 de 2013 al 30 de septiembre de 2013 (fls. 45).
- Contrato de prestación de servicios suscrito entre el señor OSCAR ANDRÉS CHARRY RAYO como contratante en su calidad de Presidente del Consejo, y el señor RAMIRO GÓMEZ QUINTERO como contratista quien prestó sus servicios como administrador del CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUES DEL PORVENIR desde el 15 de abril de 2013 (fls. 47).
- Contrato de prestación de servicios entre ELIACITH QUIROZ FRAGOZO en su calidad de Presidente del Consejo de Administración del CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUES DEL PORVENIR y el señor RAMIRO GÓMEZ QUINTERO, con inicio el 13 de abril de 2014, con honorarios de $900.000 pagados de manera quincenal (fls. 48 y 49).
- Contrato de prestación de servicios entre el señor RAMIRO GOMEZ QUINTERO como administrador del CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUES DEL PORVENIR, quien funge como contratante y el contratista WILMAR FERNANDO PARRADO CLAVIJO, con fecha de inicio 15 de mayo de 2013 con honorarios de $330.000 pagaderos mensualmente (fls. 51).
- Cuentas de cobro por concepto de honorarios de servicios de administración, desde el 01 de octubre de 2013 al 15 de febrero de 2017 (fls. 52 a 84).
- Carta de terminación unilateral del contrato de prestación de servicios (fls. 86 y 87).

En este escenario, y una vez analizadas las pruebas practicadas en su debida oportunidad, debe concluir la Sala que la vinculación del Señor RAMIRO GÓMEZ QUINTERO, no estuvo regulada por un contrato de trabajo, pues si bien acreditó que prestó servicios en favor del CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUES DEL PORVENIR, a partir del 13 de abril de 2013, situación fáctica probada en el proceso sin mayor esfuerzo que desconoció el

juzgador de primera instancia, contrariando pacífica y reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, que hace presumir el contrato de trabajo en ese contexto, también lo es que, la parte demandada desvirtúo la presunción que operó en su contra, como quiera que en dicha relación contractual no se observa el elemento esencial denominado subordinación, característico, propio y diferenciador del contrato de trabajo respecto de cualquier otra modalidad de carácter no laboral, pues pese a que el actor afirmó que se encontraba subordinado, que acataba órdenes y que cumplía horarios, del material probatorio allegado se pudo evidenciar que su relación con la demandada estaba regida por un contrato de prestación de servicios, que no tenía exclusividad pues prestaba sus servicios como administrador en otros conjuntos, que no cumplía horarios pues él mismo estableció tiempos para la atención de los residentes del Conjunto, que era autónomo en las decisiones de su cargo, que nunca le dieron ordenes, que él administraba bajo su voluntad, y se autodireccionaba en las decisiones del Conjunto, lo que a todas luces demuestra que gozaba de plena autonomía.

Así las cosas, no le basta al demandante afirmar la existencia del vínculo laboral, pues debe cumplir con otras cargas probatorias en este tipo de procesos, por lo menos con la demostración de otros elementos propios de su estructuración, por ejemplo, la jornada laboral y el horario entre otros, de conformidad con lo ya indicado, lo cual permite reafirmar a la Sala la conclusión a la cual ha arribado en este proceso, en cuanto a que en el mismo no alcanzaron demostración los hechos de la demanda, por lo tanto, no pueden deducirse las consecuencias que persigue la parte actora con su demanda que impide a esta Sala, estudiar la viabilidad de las súplicas deprecadas en razón a la falta de elementos probatorios, pues de conformidad con los principios generales del Derecho Probatorio, los cuales informan que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al informativo, dado que es a las partes a quienes les compete la carga de probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; es por ello que en el Juicio Laboral, a la parte demandante le corresponde la carga de probar no solo la existencia de la relación contractual y los demás aspectos en que se dice existió la misma, al resultar necesarios para determinar el derecho que aduce le asiste, sino en general todos los aspectos en que se fundan las pretensiones.

Es claro, que en aplicación de los principios generales que regulan la actividad probatoria, es menester que quien afirma un hecho le corresponde la carga de probarlo a través de los mecanismos consagrados como idóneos por la ley para tal efecto, so pena de infringir el principio ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI e impedir como consecuencia de dicha infracción que las resultas del fallo pudieren resultarle favorables. Así entonces, la ausencia de material probatorio le indica a la Sala que la demandante no probó suficientemente el hecho en que basa su acusación, por lo que sus pretensiones al respecto no pueden ser acogidas.

Al respecto ha expresado la H. Corte Suprema de Justicia en Casación del 31 de Mayo de 1947 ("G. del T.", T. II, Pág. 156), como jurisprudencia admitida y reiterada lo siguiente:

> "Sabido es que en materia probatoria es principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla. La vieja máxima: ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas, ha sido tenida como conforme con la razón y con los demás elementos dictados de la justicia. Siendo que la prueba es el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad pueda calificarla."

Y en Sentencia del 17 de Marzo de 1.951 ("G. del T.", t. IV, Pág. 144, se expresa:

> "El principio que incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o éstas tiene validez general en el Derecho Laboral Colombiano, que ha creado un conjunto de reglas para facilitar ciertamente la demostración en juicio de los hechos debatidos, inspirándose al efecto en los principios propios de esta nueva disciplina jurídica, pero sin que los juzgadores puedan producir decisiones en conciencia. Por esto ha sido reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que el nuevo derecho no implica relevo de pruebas, es tanto más valedera cuanto que existe un Código Procesal del Trabajo que regula la manera de hacer valer en juicio los medios legales de pruebas y del sistema probatorio que rige esta clase de litigios, lo cual justifica la producción de los fallos conforme a las reglas de derecho establecidas y no en conciencia".
>
> "Hay prestaciones que pueden librarse judicialmente en condiciones sumamente ventajosas para el trabajador, desde el punto de vista de la carga probatoria, porque sólo requieren la demostración de la existencia del contrato de trabajo con sus modalidades de tiempo servido y salario devengado y la de su terminación para que proceda el reconocimiento de los derechos que surgen de aquellos solos hechos, tales como los de cesantía y vacaciones disfrutadas".

Así las cosas, al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por el Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios que se evacuaron en el curso del debate probatorio, se observa que la misma se ajusta en un todo a la realidad procesal, pues no existe en el plenario, elemento de convicción alguno de donde se pueda establecer de manera concreta que en efecto el demandante estuvo ligado a demandada en virtud de un contrato de trabajo, situación que conduce a la decisión absolutoria que determinó el Juzgado en la sentencia consultada, por lo cual será confirmada.

De conformidad con lo expuesto, y al encontrarse demostrado que no existió contrato de trabajo entre el Señor RAMIRO GÓMEZ QUINTERO y el CONJUNTO RESIDENCIAL PARQUES DEL PORVENIR, la Sala no somete a discusión las condenas solicitadas, por tratarse de un punto totalmente innecesario por elemental sustracción de materia, y en

consecuencia, confirmará la sentencia apelada en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de CARLOS ALBERTO VARGAS CUBILLOS contra JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y OTROS. Rad. 11001-31-05-023-2017-00767-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a revisar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS ALBERTO VARGAS CUBILLOS, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral, con la finalidad de que se declare y deje sin efectos el dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ No 79545073 – 3397 del 18 de diciembre de 2015, efectuado por los médicos JOSÉ FERREIRA GOMEZ, DIANA ALIZABETH CUERVO DIAZ y la terapeuta ocupacional MARGOTH ROJAS RODRIGUEZ, en lo que respecta al porcentaje de pérdida de capacidad laboral. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la accionada a modificar su calificación de la pérdida de capacidad laboral, toda vez que su enfermedad le ha causado una afectación de la pérdida de capacidad superior al 50% sin posibilidad de recuperación o reintegro a la vida laboral; así como lo ultra y extra-petita, junto con las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, adujó que inició contrato de trabajo con la empresa GOVIPETROL S.A.S. el 11 de abril de 2013, en el cargo de operador de descargue nivel B de categoría 3, en el Municipio de Puerto Boyacá; que el 26 de agosto de 2013 presentó múltiples infartos embólicos, que le ocasionaron perdida de la memoria, del lenguaje y la orientación, así como cambios de comportamiento relacionados con irritabilidad, apatía y disminución de la motivación e impulsividad, que le impide realizar labores de su cargo como mecánico. Motivo por el cual solicitó valoración de su estado de salud. La JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, el 27 de febrero de 2015, dictaminó deficiencia del 21.60% en su capacidad laboral; decisión que fue apelada, ante la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, que, en dictamen con fecha del 18 de diciembre de 2015, No 79545073 – 3397, señaló una pérdida de capacidad laboral del 29.59% de origen común, con fecha de estructuración del 05 de mayo de 2014. Informó que el 14 de junio de 2017, CAFESALUD emitió concepto de rehabilitación desfavorable respeto de su recuperación; explicó que presenta enfermedad cerebro vascular de tipo motor con debilidad en el hemicuerpo derecho, con secuelas permanentes e irreversibles; resaltó que, desde el 26 de agosto de 2013 a la fecha de la presentación de la demanda, ha tenido incapacidad ininterrumpida (fls. 02- 09 y 272 a 286).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, contestó la demanda manifestando que se atiene a lo que se pruebe dentro del proceso; sin embargo manifestó que la calificación emitida cuenta con pleno soporte probatorio, además que guarda plena concordancia con las disposiciones legales y técnicas que rigen la calificación del porcentaje de perdida laboral; así mismo precisó que de acceder a la pretensión segunda se vulneraria el debido proceso y las instituciones legales, pues la competencia para realizar la calificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral en primera oportunidad la ostentan las AFP y la ARL; pero resaltó que bajo ninguna circunstancia la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, toda vez que era no es calificador directo y solo tiene competencia para conocer apelaciones, y la decisión que emite no es susceptible de ningún recurso siendo esta la última instancia legal, agregó que previó a cualquier actuación, deberá realizarse el pago de los honorarios reglados en el artículo 17 de la ley 1562 de 2012 y artículos 20 y 43 del decreto 1352 de 2013. Presentó como excepción previa la de: «Falta de integración de Litis consorcio necesario respecto a la administradora de fondo de pensiones», y de mérito las de: «ilegalidad del dictamen expedido por LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ: cumplimiento del debido proceso»,

«Improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor», «la variación en la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la JUNTA NACIONAL exime de responsabilidad a la entidad», «improcedencia de las prestaciones respecto a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ. Competencia del juez laboral», «buena fe de la parte demandada» y «excepción genérica». (fls. 285 - 312).

En audiencia celebrada el 12 de septiembre de 2018, se realizó el llamamiento en garantía de la AFP COLFONDOS, el cual fue admitido y una vez notificado, dicha entidad lo contestó, advirtiendo que el dictamen proferido en última instancia por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, se profirió con el lleno de los requisitos legales, motivo por el cual precisó que no existen fundamentos fácticos y/o legales para que se deje sin efecto el dictamen de pérdida de capacidad laboral; aunado a ello, precisó que el demandante a la fecha no ha presentado solicitud formal de reconocimiento y pago de pensión de invalidez; explicó que se logró verificar que el demandante no es, ni ha sido una persona invalida, toda vez que los tres dictámenes emitidos por las entidades competentes, le calificaron la pérdida de su capacidad laboral, en un porcentaje inferior al 50%, no siendo procedente la solicitud de pensión, al no cumplir con los requisitos consagrados en el artículo 38 y 39 numeral 1° de la ley 100 de 1993. Por otra parte, precisó que en el evento de condenar al pago de la pensión de invalidez, se hace necesario llamar en garantía a la última aseguradora con la cual COLFONDOS contrató el seguro provisional, lo cual supone la comparecencia de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.; a su vez, presentó las excepciones de «inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido y falta de causa en las prestaciones de la demanda, falta de legitimación de los requisitos legales para reconocer la pensión de invalidez», «petición antes de tiempo», «enriquecimiento sin causa», «prescripción», «compensación», «falta de título y de causa en el actor», «innominada o genérica» y «obligatoriedad del dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ» (fls. 391- 400).

En auto de fecha 26 de febrero de 2019, se dispuso admitir el llamamiento en garantía de la ASEGURADORA MAPFRE COLOMBIA VIDA S.A. (fls. 424). Sociedad que una vez fue notificada contestó con oposición a que sea condenada a pagar las sumas solicitadas en las pretensiones, por cuanto no se encuentra probado en los hechos en que se basan las mismas, careciendo de fundamento factico y legal; aseveró que no es una entidad de seguridad social, por lo que sólo se obliga a pagar las sumas adicionales restantes, en caso de que el beneficiario cumpla con los requisitos legales para acceder

a determinada pensión, evento que en el presente caso no se cumple; concluyó que tampoco debe ser cancelada por parte de MAPFRE, ya que para esa fecha el demandante no era su asegurado; presentó las excepciones de mérito denominadas: «inexistencia de seguro por parte de MAPFRE COLOMBIA VIDA para la fecha de estructuración de la PCL del señor CARLOS ALBERTO VARGAS CUBILLOS», «inexistencia de incapacidad, transitoria o permanente , para antes del año 2015», «legalidad del dictamen de perdida laboral emitido tanto por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. como de LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ», «prescripción de la acción laboral», «buena fe», «prescripción de las acciones del contrato de seguro», «limite de pago en el seguro previsional de invalidez y sobrevivientes», «inexistencia de intereses moratorios» y «excepción genérica» (fls. 451 -461).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito, mediante sentencia proferida el 12 de noviembre del año 2020, absolvió a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, a la sociedad COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, y la sociedad llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en la demanda por el señor CARLOS ALBERTO VARGAS CUBILLOS, a quien condenó en costas.

Para arribar a tal conclusión, señaló que el dictamen emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, no es prueba calificada o exclusiva para determinar la pérdida de capacidad laboral, pues dicha prueba realmente es un experticio que la ley estableció que fuera realizada por unos entes, sin que constituya en sí, una prueba solemne, en tal sentido, indicó que el juez podrá asignar la calificación de la invalidez a una junta que no sea quien expidió el dictamen demandado; en ese sentido anotó que la parte actora se apoyó en un nuevo dictamen, el cual realizó la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA el 23 de diciembre de 2019 (fls. 505 - 508) en donde se determinó que el demandante cuenta con una pérdida total de capacidad laboral del 35.7%, es decir, que tampoco con dicho dictamen se alcanzaría a obtener el 50% de PCL pretendido en el libelo demandatorio; aunado a ello, resaltó que los dictámenes rendidos por las JUNTAS DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, son plena prueba respecto del porcentaje fijado como pérdida de capacidad laboral; sostuvo que la parte actora no logró demostrar que el porcentaje de 29.59% emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN, no se encontrara ajustado a derecho, es decir, si en

este existió o no un error al momento de la calificación del actor, siendo claro que el dictamen emitido el 23 de diciembre de 2019 (fls. 505 - 508) fue posterior, donde se incluyeron situaciones medicas diferentes a las tenidas en cuenta por la JUNTA NACIONAL y por ello es lógico que resulte diferente o variable ; por tanto, se tornó improcedente la solicitud de modificar la calificación de PCL del demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló, aduciendo que no se realizó una valoración integral respecto de la invalidez del accionante, situación que no ha sido valorada, ya que solo se han tenido en cuenta aspectos de tipo biológico y científico, pero no de su vida laboral. Advirtió que, en lo referente al dictamen emitido por CAFESALUD en junio de 2017, mediante el cual manifestó que la rehabilitación es imposible, lo cual le impidió reacomodarse en el mercado laboral, argumentó que sigue siendo un estado de invalidez, ocasionado por el accidente cerebrovascular. En cuanto a los conceptos emitidos por el neurólogo, como por la JUNTA NACIONAL, en los cuales manifestaron que su accidente es irreversible, resaltó que se constituye en un estado de invalidez. Concluyó que, frente a las valoraciones emitidas por entidades como MAPFRE, la JUNTA REGIONAL en dos ocasiones y la JUNTA NACIONAL, estas presentan inconsistencias, y que independientemente de que no correspondan a la fecha exacta de la ocurrencia de los hechos, si indican la gravedad de la lesión sufrida por el demandante, deterioro y afectación para el desarrollo de su actividad laboral.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, COLFONDOS S.A. presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Precisado el anterior escenario jurídico y probatorio, corresponde a la Sala de Decisión establecer si hay lugar declarar nulo el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, para en su lugar acoger un porcentaje igual o superior al 50% de pérdida de capacidad laboral.

CONSIDERACIONES

Como quiera que el litigio se centra en desvirtuar el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, considera menester esta Sala determinar el alcance y valor que tienen dichos dictámenes a efectos de ser tenidos en cuenta por el Juez como prueba idónea de la PCL, fecha de estructuración y origen de una enfermedad.

Atendiendo el tema, si bien es cierto los arts. 41 y ss de la Ley 100 de 1993, el inciso segundo del art. 52 de la Ley 962 de 2005 y el art. 6° del Decreto 917 de 1999, concuerdan en determinar que son las Juntas de Calificación de Invalidez, Regional o Nacional, a quienes les compete establecer la calificación de la pérdida de la capacidad laboral -PCL- y que son sus dictámenes el medio de convicción idóneo para establecer dentro de un proceso judicial tanto el estado como el origen de la invalidez y la fecha de estructuración, siguiendo los lineamientos de orden técnico y científico del Manual Único para la Calificación de Invalidez, no es menos cierto que los mismos pueden llegar a ser controvertidos, rechazados o invalidados, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Ley, tal y como lo preceptúa el artículo 40 del Decreto 2463 de 2001, que dispone:

> «Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente».

Aunado lo anterior, los dictamines emitidos por las Juntas de Calificación, también se han considerado como una prueba idónea para acreditar en un escenario judicial el estado de invalidez y la fecha de su iniciación, a voces de lo dispuesto por el art. 3 del Decreto 2463 de 2001[1], y que fue reiterado en el art. 28 del Decreto 1352 del 26 de junio de 2013[2].

Ahora bien, también se ha dejado claro en la doctrina de la jurisprudencia laboral, que dichos dictámenes, ya sean los rendidos en sede administrativa o como auxiliares de la justicia, no constituyen prueba solemne habida consideración que tanto la pérdida de

---

[1] Artículo 3º-Calificación del grado de pérdida de la capacidad laboral. Corresponderá a las siguientes entidades calificar el grado de pérdida de la capacidad laboral en caso de accidente o enfermedad:
1. Las juntas regionales de calificación de invalidez decidirán sobre las solicitudes de calificación de pérdida de la capacidad laboral requeridos por las autoridades judiciales o administrativas, evento en el cual, su actuación será como peritos asignados en el proceso. Las juntas de calificación de invalidez también actuarán como peritos en los casos de solicitudes dirigidas por compañías de seguros cuando se requiera calificar la pérdida de capacidad laboral.

[2] Artículo 28. Presentación de la solicitud. La solicitud ante la junta podrá ser presentada por:
(...)
9. Las autoridades judiciales o administrativas, cuando éstas designen a las juntas regionales como peritos.

la capacidad laboral como su origen, pueden ser acreditados a través de otros medios de convicción.

No se puede llegar a desconocer que en determinadas oportunidades y dada la conformación de dichas juntas, el juzgador puede valerse de la ayuda de informes técnicos y peritaciones, emitidos por un tercero que se encuentre debidamente capacitado y posea los conocimientos científicos y técnicos que usualmente el mismo juez puede desconocer, para poder entrar, en justicia y en derecho, a esclarecer un punto o un hecho de los dictámenes que estas han emitido y con el que alguna de las partes se encuentra en desacuerdo, o tener en cuenta otros medios de prueba.

Sin embargo, precisamente el hecho que tales elementos puedan ser acreditados a través de otros medios probatorios, amerita que quien pretenda desvirtuar lo dictaminado por los órganos competentes de calificación, tenga una carga judicial probatoria tendiente a derruir dichos dictámenes, en la medida, que como lo ha concluido el Alto Tribunal de esta especialidad[3]: «este medio de prueba involucra en su contenido no sólo el resultado de los análisis de los expertos, sino además, por estos estudios y todos los medios de convicción que se hubiera valido su autor para llegar a la conclusión».

De igual forma, no sólo está abierta dicha posibilidad, sino que ha sido la misma jurisprudencia laboral la que ha predicado que el dictamen emitido por las juntas de calificación no obligan al Juez, pues considerar lo contrario, despojaría de la razón de ser a la intervención judicial, pues la potestad de decidir el derecho, ciertamente recae en el juzgador, y es a este último a quien corresponde en ultimas la calificación jurídica del origen de una enfermedad o un accidente, ahora bien, tal criterio jurisprudencial, también se ha sentado sobre la base de la existencia de otros medios probatorios en los cuales pueda el Juez respaldar técnica y científicamente su decisión, como en efecto la mencionada Corporación ha razonado en pronunciamiento del 4 de noviembre de 2015, rad. 53986, en el cual se hace remembranza de la sentencia de rad. 29622 de 2006, en la que se dijo:

> «Para tal propósito, nada le impide acudir al poyo de un ente especializado en la materia que cumple funciones públicas, así sus miebros no sean servidores del Estado,...”; “Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las Juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al Juez de

[3] CSJ SL9184-2016

> dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de invalidez, ni la distribución porcentual de la discapacidades y minusvalías».

Amén de seguir los lineamientos trazados, la Alta Corporación concluyó:

> «Luego, si bien es cierto que para la Corte la valoración científica de las Juntas de Calificación de Invalidez, a través de los procedimientos señalados en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional, es en principio la fórmula probatoria propia al establecimiento de dicha condición, también lo es que ha considerado que bajo ciertas circunstancias dicha valoración es susceptible de ser desvirtuada para efectos de la pensión de invalidez a través de la multiplicidad de los medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico procesal y al tenor de las normas probatorias que rigen la actividad del juez del trabajo».

Con todo, ha de recordarse que a la luz de lo dispuesto por el art. 61 del CPT y de la SS, los Jueces de instancia tienen la potestad para valorar libremente los medios de convicción, así como asignarle un mayor mérito probatorio o persuasivo a unos frente a otros, y así formar libre y autónomamente su convencimiento frente a los hechos materia de controversia, siendo el único límite que tal apreciación probatoria no se distancie de la lógica razonable o sea abiertamente caprichosa y contrario a lo que revelan los medios probatorios, es decir contraevidente, pues basta con que al ponderarse y sopesarse los diferentes elementos de juicio, se aplique la lógica y las reglas de la experiencia.

No obstante, dado que la determinación del grado de invalidez o su origen son temas de gran complejidad y especialización, lo mismo implica que se dictamine por un personal especializado para que de esta manera el juzgador pueda obtener un mayor grado de persuasión sobre las decisiones proferidas por las juntas de calificación de invalidez y defina el litigio sin ninguna clase de duda, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del CPT y de la SS el juez del trabajo no está sujeto a tarifa legal alguna, y ésta no es una prueba ad substantiam actus.

Así las cosas, encuentra la Sala de Decisión que, en efecto al señor CARLOS ALBERTO VARGAS CUBILLOS le fueron calificadas las patologías o enfermedades denominadas «MIGRAÑA- no ESPECIFICADA, BLOQUEO DE RAMA IZQUIERDA DEL HAZ- SIN OTRA ESPECIFICACION, INFARTO CEREBRAL DEBIDO A OCLUSIÓN 0 ESTENOSIS NO ESPECIFICADA DE ARTERIAS CEREBRALES», como de origen común, con una PCL del 21.29%, según dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el 27 de febrero de 2015 (fls. 34 a 43); decisión frente a la cual se interpuso el recurso correspondiente, el cual fue

resuelto por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen del 18 de diciembre de 2015, aumentando el porcentaje de pérdida de capacidad laboral en un 29.59% (fls. 23 a 28).

Ahora bien, en el trámite del presente proceso se le practicó a la parte actora dictamen pericial por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez (fls. 506 a 508), esta prueba determinó que las patologías del demandante arrojaban una pérdida de capacidad laboral del 35.70%. Sobre el particular, tal y como ya se explicó con suficiencia en apartes anteriores, debe recordársele al recurrente que los dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez son pertinentes y conducentes a fin de establecer el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, por cuanto de manera razonada explican y exponen las razones por las cuales en este caso, las aceptadas patologías y/o diagnósticos de origen común del afiliado VARGAS TRUJILLO tienen una pérdida de capacidad laboral del 35.70%, toda vez que según la Junta Regional en este último dictamen, se concluyó:

> «Se trata de paciente quien se vincula laboralmente en empresa Govipetrol en abril de 2013. y solo 3 meses después inicia proceso de incapacidad médica prolongada, quien registra síntomas bizarros e imprecisos que comprometen la esfera neurológica y mental, consultante crónico y en proceso de incapacidad médica continua.
>
> Llama la atención en el presente caso:
> 1. TAC cerebral simple del 2014 reportado como normal.
> 2. Anti coagulante lúpico negativo. Se descarta síndrome de hipercoagulabilidad.
> 3. Anti cardolipidas negativas.
> 4. Ecocardiograma transesofágico normal.
> 5. Cefaleas episódicas.
> 6. Sensación de hemiparesia en hemicuerpo derecho de comportamiento episódico.
> 7. Tono y trofismo muscular normal.
> 8. Marcha titubeante que no sigue patrón definido y sin soporte objetivo
> 9. Presunta disminución de fuerza, pero ejerce gran resistencia activa a la movilidad pasiva cuando es valorado por el médico examinador.
> 10. Múltiples y recurrentes valoraciones médicas cuyo motivo de consulta es renovar la incapacidad.
> 11. Múltiples y recurrentes valoraciones médicas indican no adherencia al tratamiento.
> 12. Cuadro clínico incoherente secuelar neurológico de conformidad a la literatura conocida.
> 13. Comportamiento conversacional con tendencia a la disartria en un contexto alternante y manejado al parecer a conveniencia.
> 14. Solo dos años después del evento ECV, reporta presuntas alteraciones de memoria y del comportamiento conversacional.
> 15. Valoraciones de neurología que señalan no déficit neurológico.
> (...)

> 16. Sospecha de ganancia (lenguaje normal, se le ve caminando por el pasillo).»

Aunado a lo anterior, la Junta observó lo siguiente para el momento de la valoración:

> «Buen estado general, ingresa por sus propios medios, sin férulas ni elementos de soporte externo, alerta, orientado globalmente, independiente en AVD, excelente estructura trófica muscular, simétrica, marcha titubeante sin patrón definido, arcos de movimiento articular de columna lumbosacra conservados, arcos de movimiento articular dedos, puño y codo conservados, tono muscular normal, ofrece resistencia activa a la movilidad en hemicuerpo derecho, manifiesta ausencia de fuerza pero ejerce resistencia voluntaria plena y controlada durante maniobras de exploración médica, reflejos osteotendinosos normales ++/++++, no hay signos de focalización neurológica, pares craneanos normales, comprende, nómina y repite, lenguaje disártrico. Llama la atención respuesta distractora espontánea y fluida, se viste y desviste adecuadamente usando los dos miembros superiores, no hay impedimento en actividades básicas ni elementales».

De dicha argumentación expuesta por la referida Junta como órgano especializado, se observa que, se tuvo en cuenta la copia completa de la historia clínica, especialmente lo relacionado con las valoraciones previas de neurología, así como los conceptos y valoración interdisciplinaria, incluyendo exámenes, a efectos de realizar el respectivo análisis de las patologías de la actora y arribar a tal conclusión, esto es, que el actor padece únicamente de una incapacidad permanente parcial.

De esta manera sobre el punto en discusión, se concluye que no es viable acceder a la petición de la recurrente de no tener en cuenta los mencionados dictámenes proferidos, no sólo por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, sino el practicado en el curso del presente proceso, toda vez que quien rinde los dictámenes que obran dentro del plenario son cuerpos especializados en establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de este tipo de patologías, que de manera razonada explican y exponen las razones por las cuales en este caso concluyen que la PCL de la actora corresponde a un 35.70% y no un 50%, de acuerdo a este último dictamen, sin que se cuente con otros medios de convicción con respaldo cierto y serio en los cuales esta Sala pueda derivar técnica y probatoriamente una conclusión diferente.

En este orden de ideas, es claro para la Sala de Decisión que no resulta viable acceder lo pretendido por la parte actora recurrente, por lo que, la sentencia de primera instancia amerita su confirmación en este puntual aspecto, pues es claro que NO se debía declarar nulo el dictamen proferido por la JNCI, en la medida que sus conclusiones no se encuentran inmersas en errores protuberantes en los términos jurisprudenciales antes expuesto que hagan meritoria la nulidad perseguida.

En este contexto decisional, la Sala CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de FRANCISCO MANUEL GALVIS PEREZ contra JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL MAGDALENA Y OTROS. Rad. 110013105-012-2016-00272-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a revisar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de enero del año 2021.

ANTECEDENTES

El demandante FRANCISCO MANUEL GALVIS PEREZ a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral, en contra de la Junta Nacional De Calificación de Invalidez Del Magdalena, Colpensiones, Compañía Aseguradora Colmena ARL, Positiva Compañía De Seguros ARL y Drummond Ltda. Colombia, con la finalidad de que se declare que las patologías de Síndrome del túnel carpiano, trastornos de los discos intervertebrales, Gonartrosis no especificada, Parálisis Periódica, Hipoacusia Neurosensorial-Bilateral, Trastorno de Disco Cervical no especificado, Hipertensión esencial, son patologías de origen profesional y no común.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la Junta Regional de Calificación del Magdalena a revocar el dictamen de No 252012 del 26 de octubre de 2012 y al pago de daños y perjuicios ocasionados; a Colmena ARL y a Positiva ARL a reconocer y pagar las prestaciones económicas surgidas de la enfermedad laboral y la secuela de la misma; se

condene a COLPENSIONES a revocar la resolución No 119272 del 31 de mayo de 2013 donde se reconoce pensión de invalidez de origen común y se condene por culpa patronal a DRUMMOND LTDA Colombia, como a las costas, agencias en derecho y a lo ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones, adujo que ingresó a laborar en la empresa DRUMMOND LTDA el 9 de febrero de 1995 en el cargo de mecánico de remolcador, entre sus funciones estaban las de mantenimiento preventivo, correctivo de los motores, muestreo de combustibles, cambio de llantas, y colaborar con halar cabos de amarre de barcazas; precisó al momento de su ingreso a laborar no presentaba patología alguna ni musculotendinosa; que el 08 de julio de 2008 se realizó resonancia nuclear magnética de columna cervical, la cual mostró abombamiento discal osteofitario difuso C6-C7; resaltó que sus jornadas laborales eran de más de 8 horas continuas; que el 24 de octubre de 2003 la JUNTA REGIONAL DEL MAGDALENA le calificó pérdida de capacidad laboral del 10% con fecha de estructuración del 17 de noviembre de 1998. Con fecha de 16 de septiembre de 2008, 8 de abril de 2010, 2 marzo de 2012, y 26 de octubre de 2012, la JUNTA REGIONAL DEL MAGDALENA le calificó la cervicalgia, hipoacusia neurosensorial, trastorno de los discos invertebrales, síndrome del túnel carpiano junto con hipertensión esencial primaria, respectivamente, como de origen común. El 26 de octubre de 2012, la JUNTA REGIONAL DEL MAGDALENA en el dictamen No 252012 calificó una pérdida de capacidad laboral del 51.85% con fecha de estructuración del 10 de junio de 2012; así mismo el 6 de agosto de 2015, calificó el diagnóstico tenosinovitis de estiloides radial (DE QUERVAIN) como de origen profesional, con una pérdida de capacidad laboral de 5.44 con fecha de estructuración del 21 de noviembre de 2015. Agregó que el 31 de mayo de 2013 COLPENSIONES emitió resolución No 119272 mediante la cual le reconoció el pago de una pensión de invalidez por $1.775.086, puntualizó que las patologías que padece son de origen profesional al obedecer a las labores desarrolladas en su lugar de trabajo, al servicio de la empresa; toda vez que entre los factores de riesgo, se encontraba la vibración en extremidades y cuerpo entero, lo que precisó le ocasionó problemas de columna, de los discos intervertebrales y también trastornos de discos cervicales; aseveró que la hipoacusia fue producida por factores ambientales a los que se veía expuesto en su jornada de trabajo, por el ruido continuo de las instalaciones de un trabajo mecánico remolcador.(fls. 03 a 13, 100, 114 y 175).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada DRUMMOND LTDA, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que el 26 de octubre de 2012 la

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL MAGDALENA determinó que el cuadro patológico que padece el demandante es de origen común, y conforme a dicho informe le fue concedida la pensión de invalidez; dictamen que emitido hace más de tres años motivo por el cual precisó, que toda posibilidad de reclamo se encuentra prescrita; agregó que DRUMMOND no está llamada a responder por las presuntas prestaciones económicas, ya que estas se encuentran en cabeza de las entidades del sistema de salud; resaltó que siempre actuó con diligencia y cuidado respecto de la salud del demandante, cumpliendo con las normas de seguridad y salud en el empleo, así mismo manifestó que le brindó las capacitaciones requeridas y cumplió con todas las restricciones médicas, motivo por el cual concluyó, que las patología que padece el accionante no fueron producidas por culpa del empleador, y que en el evento de determinar una enfermedad de índole laboral, ello no implica la existencia de culpa patronal. Propuso como excepciones de fondo las de: «inexistencia de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe», «prescripción», «compensación», «cosa juzgada» y «las demás excepciones que se prueben en el transcurso del proceso» (fls. 1-30 Cdno. 1).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas solicitadas; argumentó que reconoció y pagó en su debido momento la pensión de invalidez de origen común, conforme al dictamen emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL MAGDALENA, y ratificado por LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN, las cuales de manera unánime establecieron que el origen de la invalidez era común; precisó que COLPENSIONES ha actuado de buena fe, conforme a derecho y en consecuencia no puede pagar monto por concepto de costas y agencias en derecho. Presentó como excepciones de fondo las de: «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios» y «declaratoria de otras excepciones». (fls. 220 - 224).

Por su parte, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., realizó la contestación, con oposición a las pretensiones incoadas; advirtió que el dictamen proferido el 26 de octubre de 2012, fue emitido con base en criterios jurídicos y científicos, motivó por el cual precisó no se ha ocasionado perjuicio alguno al actor, toda vez que sus patologías son de origen común; a su vez, presentó la excepción previa de «falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa», y de mérito las de: «legalidad y juridicidad de los dictámenes atacados», «inexistencia de la obligación», «inexistencia de vínculo legal o contractual», «enriquecimiento sin justa causa», «prescripción» y «excepción genérica o innominada» (fls. 235- 242).

Así mismo COLMENA SEGURO S.A., contestó la demanda con oposición a toda las pretensiones, por carecer de fundamento fáctico, legal y jurídico; así las cosas, argumentó que la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ determinó que las enfermedades que padece el demandante son de origen común y no son consecuencia de accidentes de trabajo; insistió que dichas enfermedades corresponden a procesos crónicos y degenerativos de varios años, y no son consecuencia de un evento agudo como lo es un accidente de trabajo; precisó que no existen elementos de exposición a factores ergonómicos, tales como postura cervical con maniobras forzadas que involucren cuello/ hombros en el desarrollo de las actividades que ejecutaba el demandante, como tampoco la carga física suficiente y necesaria para generar una patología; comentó que COLMENA se adhirió a lo determinado en el dictamen, toda vez que este quedó en firme y se ajustó a lo establecido en el decreto 1295 de 1994 y al decreto 917 de 1999, motivo por el cual precisó no existe ningún motivo que conlleve a dejar sin efectos el referido dictamen. En cuanto a patología del síndrome de túnel carpiano explicó que ya se encuentra calificada por la JRCI de Magdalena como de origen profesional con un PCL de 18.79% motivo por el cual COLMENA reconoció las prestaciones económicas y asistenciales, como la indemnización permanente por pérdida de capacidad laboral; concluyó que no hay lugar a declarar las patologías de origen laboral, por cuanto estas no guardan nexo causal con las actividades desarrolladas por el actor en el desempeño de sus funciones. Propuso como excepción previa la de: «excepción previa de no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios», y de fondo las de: «excepción de inexistencia de la obligación», «excepción de compensación» y «excepción de prescripción» (fls. 256 - 278 y 312 a 322).

La JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL MAGDALENA, solicitó se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones, solicitando mantener en firme el dictamen No 252012 de fecha de 26/10/2012 emitido por la JRC, y en consecuencia se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandante; argumentó que las acciones reguladas en el código prescriben en 3 años que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, por lo anterior el actor contaba con 3 años desde el 22 de noviembre de 2012 para accionar ante la jurisdicción laboral, lo que implica que el transcurso del tiempo lo hizo merecedor de la pérdida de su derecho a accionar; asimismo precisó que los integrantes de su representada actuaron de buena fe y su conducta estuvo ceñida al manual de calificación de invalidez con fundamento en sus principios rectores. Propuso como excepciones de mérito las de: «prescripción de la acción ordinaria», «buena fe de la parte demandada (JUNTA REGIONAL DE INVALIDEZ DEL MAGDALENA)», «legalidad de la calificación emitida por JUNTA REGIONAL DE INVALIDEZ DEL MAGDALENA», «falta de legitimación de

la causa por parte activa» y «resolución sobre excepciones contempladas en el artículo 282 del C.G.P» (fls. 344 a 353).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito, mediante sentencia proferida el 21 de enero del año 2021, absolvió a las accionadas Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, la Administradora Colombia de Pensiones Colpensiones, la Compañía de Seguros Colmena ARL y Drummond LTD Colombia de todas y cada una de las súplicas de la demanda incoada y declaró probada las excepciones de «inexistencia del derecho» y «ausencia de origen profesional de la patología del demandante» (fls. 420 a 422).

Para arribar a tal conclusión, precisó que a partir del dictamen de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL MAGDALENA No 252012 del 26 de noviembre del año 2012, se estableció que las patologías del túnel carpiano, y el trastorno de los discos intervertebrales lumbares son de origen laboral, y las patologías de Hipoacusia Neurosensorial-Bilateral, el trastorno depresivo, la Gonartrosis tanto izquierda como derecha, Trastorno de Disco Cervical y la escoliosis lumbar, tienen una circunstancia de carácter común con fecha de estructuración del 10 de julio de 2012 (Fl 104); precisó que al ser mayor el número de patologías de origen común, se dispuso a realizar la calificación de origen común y COLPENSIONES procedió a reconocerlo el 31 de mayo del año 2013 (Fl 255); precisando así, que se rompió la relación de causalidad a la luz del decreto 2566 de 2009 vigente para el momento de la calificación. Advirtió que pese a haber promovido un nuevo dictamen, con motivo a la pasividad de las partes tuvo que prescindir de este; motivo por el cual consideró que no hubo parámetro probatorio dentro de las piezas documentales para establecer que se haya configurado la relación de causalidad en las patologías del actor calificadas como de origen común y la labor del trabajador; señaló que puede haber una diferencia entre los dictámenes del 2010 y 2013 respecto a la ampliación de la PCL, sin embargo no tendría relación a la promoción de la impugnación del dictamen, que estaría de mano del pagador de pensiones; por ello consideró no hay lugar a la modificación del origen común a profesional de la patología, toda vez que no se observan los parámetros o presupuestos para que se configure incluso la culpa patronal, no existiendo suficiente culpa comprobada de parte del empleador; aseveró que las patologías de dedo en gatillo y síndrome doloroso de columna que si bien están calificadas como enfermedad profesional, no se evidenció que hayan sido ocasionadas por un comportamiento de la imprudencia, negligencia o del derrumbamiento de la culpa leve en los cuidados o manejos de los negocios, no existiendo nexo de causalidad entre el daño y la culpa.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte actora, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado; solicitó se revoque en su integridad, para el efecto arguyó que la aparición de las patologías relacionadas con el sistema musculoesquelético del demandante, que hasta el momento aparecen como acreditadas de origen común, según las tablas de enfermedades laborales, especialmente las contenidas en el decreto 1477 de 2014, que si bien no se encontraba vigente al momento de la aparición de las patologías, en virtud del principio de la condición más beneficiosa en materia laboral, debe ser aplicado al presente caso, y conforme al principio de iura novit curia, el operador judicial debe hacer un análisis en lo contenido en el decreto 2566 de 2009 y 1477 de 2014, el cual establece que las enfermedades pertenecientes al sistema musculoesquelético se presumen adquiridas en función de las actividades que desempeñan los trabajadores, no pudiendo argumentarse que el Decreto 2566 establece una imposición probatoria del demandante que permita concluir que es calificado como laboral; insistió que la condición más beneficiosa es la aplicación del Decreto 1477 siendo la norma que debe servir de guía al momento de analizar las situaciones fácticas y jurídicas; al contemplar la relación directa con las patologías que afectan el cuerpo del demandante, debiendo exigir a la junta de calificación que lo desvirtúa pero no lo hizo, al no aportar prueba alguna que desvirtuara la relación.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas Drummond LTD Colombia, Colpensiones y Compañía de Seguros Colmena ARL presentaron alegatos de conclusión, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Precisado el anterior escenario jurídico y probatorio, corresponde a la Sala de Decisión únicamente establecer si hay lugar declarar como de origen laboral las patologías de Síndrome del túnel carpiano, trastornos de los discos intervertebrales, Gonartrosis no especificada, parálisis periódica, hipoacusia neurosensorial-Bilateral, trastorno de disco cervical no especificado e hipertensión esencial primaria y por ende revocar el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación del Magdalena que las determinó como de origen común; de ser procedente, determinar la procedencia del pago de las indemnizaciones, prestaciones económicas y consecuencias del caso.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el problema jurídico así planteado, lo primero que debe definir esta Sala de Decisión, es el concepto de enfermedad laboral, acudiendo a las disposiciones vigentes para la ocurrencia de los hechos, concretamente para el año 2012, cuando se calificó al actor por LA JUNTA DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Sobre este particular, es menester aclarar que la definición contenida en el Decreto 1295 de 1994, fue declarada inexequible por la sentencia C-1155-2008, y aún no se encontraba vigente la Ley 562 de 2012. Al respecto se tiene que el Decreto 2566 de 2009, a efectos de Decretar la Tabla de enfermedades profesionales, acudió a la definición contenida en el art. 200 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre enfermedad profesional, cuyo texto reza:

> «…todo estado patológico que sobrevenga como consecuencia obligada de la clase de trabajo que desempeña el trabajador o del medio en que se ha visto obligado a trabajar».

Así mismo, ante el vacío legislativo que para el momento imperaba, por las declaratorias de inexequibilidad sobre el Decreto 1295 de 1994, de manera jurisprudencial se indicó que habría de acudirse a las definiciones traídas por la CAN, que concretamente sobre la enfermedad profesional, establecía:

> «el literal m) del artículo 1° de la Decisión 584 de 2004 del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo de la Comunidad Andina de Naciones–CAN, define la enfermedad profesional como la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral».

De igual forma, ha destacado la Alta Corporación de esta especialidad, que, si bien es cierto que reglamentariamente se ha consagrado una tabla de enfermedades profesionales, es menester que se halle demostrado el nexo de causalidad entre el factor del riesgo laboral y la patología. En este punto, es preciso recalcar que de conformidad con lo dispuesto en el art. 3º del Decreto 1832 de 1994, se descarta el nexo de causalidad entre la enfermedad y los factores de riesgos o exposición en el sitio de trabajo, cuando "la exposición fue insuficiente para causar la enfermedad". (Sentencia SL13529-2016, rad. 44494); Disposición, que posteriormente fuere reproducida en el Decreto 2566 de 2009, en la que se indicó que no hay nexo causal cuando:

> b. La demostración mediante mediciones ambientales o evaluaciones de indicadores biológicos específicos, que la exposición fue insuficiente para causar la enfermedad.

Estas normas, que son las aplicables a la fecha de ocurrencia de los hechos, resultan de vital relevancia, en la medida que precisamente la exposición al resulta preponderante para determinar el origen común de las patologías padecidas por el demandante.

En ese orden ideas, como quiera que precisamente el litigio se centra en desvirtuar el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena,

considera menester este Despacho determinar el alcance y valor que tienen dichos dictámenes a efectos de ser tenidos en cuenta por el Juez como prueba idónea de la PCL, fecha de estructuración y origen de una enfermedad.

Atendiendo el tema, resulta pertinente precisar, que si bien es cierto los art. 41 y ss de la ley 100 de 1993, el inciso segundo del art. 52 de la ley 962 de 2005 y el art. 6° del decreto 917 de 1999, concuerdan en determinar que son las Juntas de Calificación de Invalidez, Regional o Nacional, a quienes les compete establecer la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y que son sus dictámenes el medio de convicción idóneo para establecer dentro de un proceso judicial tanto el estado como el origen de la invalidez, siguiendo los lineamientos de orden técnico y científico del Manual Único para la Calificación de Invalidez, no es menos cierto que como los mismos pueden llegar a ser controvertidos, rechazados o invalidados ente la jurisdicción ordinaria laboral, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Ley, tal y como lo preceptúa el artículo 40 del Decreto 2463 de 2001, que dispone:

> «Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral, mediante demanda promovida contra el dictamen de la junta correspondiente».

Aunado a lo anterior, los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación, también se han considerado como una prueba idónea para acreditar en un escenario judicial el estado de invalidez y la fecha de su iniciación, a voces de lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto 2463 de 2001[1], y que fue reiterado en el artículo 28 del Decreto 1352 del 26 de junio de 2013[2].

Ahora bien, también se ha dejado claro en la doctrina de la jurisprudencia laboral, que dichos dictámenes, ya sean los rendidos en sede administrativa o como auxiliares de la justicia, no constituyen prueba solemne habida consideración que tanto la pérdida de la capacidad laboral como su origen, pueden ser acreditados a través de otros medios de convicción.

No se puede llegar a desconocer que en determinadas oportunidades y dada la conformación de dichas juntas, el juzgador puede valerse de la ayuda de informes técnicos

---

[1] Artículo 3º-Calificación del grado de pérdida de la capacidad laboral. Corresponderá a las siguientes entidades calificar el grado de pérdida de la capacidad laboral en caso de accidente o enfermedad:
1. Las juntas regionales de calificación de invalidez decidirán sobre las solicitudes de calificación de pérdida de la capacidad laboral requeridos por las autoridades judiciales o administrativas, evento en el cual, su actuación será como peritos asignados en el proceso. Las juntas de calificación de invalidez también actuarán como peritos en los casos de solicitudes dirigidas por compañías de seguros cuando se requiera calificar la pérdida de capacidad laboral.

[2] Artículo 28. Presentación de la solicitud. La solicitud ante la junta podrá ser presentada por:
(...)
9. Las autoridades judiciales o administrativas, cuando éstas designen a las juntas regionales como peritos.

y peritaciones, emitidos por un tercero que se encuentre debidamente capacitado y posea los conocimientos científicos y técnicos que usualmente el mismo juez puede desconocer, para poder entrar, en justicia y en derecho, a esclarecer un punto o un hecho de los dictámenes que estas han emitido y con el que alguna de las partes se encuentra en desacuerdo, o tener en cuenta otros medios de prueba.

Sin embargo, precisamente el hecho que tales elementos puedan ser acreditados a través de otros medios probatorios, amerita que quien pretenda desvirtuar lo dictaminado por los órganos competentes de calificación, tenga una carga judicial probatoria tendiente a derruir dichos dictámenes, en la medida, que como lo ha concluido el Alto Tribunal de esta especialidad[3] «este medio de prueba involucra en su contenido no sólo el resultado de los análisis de los expertos, sino además, por estos estudios y todos los medios de convicción que se hubiera valido su autor para llegar a la conclusión».

De igual forma, no sólo está abierta dicha posibilidad, sino que ha sido la misma jurisprudencia laboral la que ha predicado que el dictamen emitido por las juntas de calificación no obligan al Juez, pues considerar lo contrario, despojaría de la razón de ser a la intervención judicial, pues la potestad de decidir el derecho, ciertamente recae en el juzgador, y es a este último a quien corresponde en ultimas la calificación jurídica del origen de una enfermedad o un accidente, ahora bien, tal criterio jurisprudencial, también se ha sentado sobre la base de la existencia de otros medios probatorios en los cuales pueda el Juez respaldar técnica y científicamente su decisión, como en efecto la mencionada Corporación ha razonado en pronunciamiento del 4 de noviembre de 2015, rad. 53986, en el cual se hace remembranza de la sentencia de rad. 29622 de 2006, en la que se dijo:

> «Para tal propósito, nada le impide acudir al poyo de un ente especializado en la materia que cumple funciones públicas, así sus miembros no sean servidores del Estado,...”; “Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las Juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al Juez de dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de invalidez, ni la distribución porcentual de la discapacidades y minusvalías».

Amén de seguir los lineamientos trazados, la Alta Corporación concluyó:

> «Luego, si bien es cierto que para la Corte la valoración científica de las Juntas de Calificación de Invalidez, a través de los procedimientos señalados en los reglamentos dictados por el Gobierno Nacional, es en principio la fórmula probatoria propia al establecimiento de dicha condición, también lo es que ha considerado que bajo ciertas circunstancias dicha valoración

[3] CSJ SL9184-2016

> es susceptible de ser desvirtuada para efectos de la pensión de invalidez a través de la multiplicidad de los medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico procesal y al tenor de las normas probatorias que rigen la actividad del juez del trabajo».

Con todo, ha de recordarse que a la luz de lo dispuesto por el art. 61 del CPT y de la SS, los jueces de instancia tienen la potestad para valorar libremente los medios de convicción, así como asignarle un mayor mérito probatorio o persuasivo a unos frente a otros, y así formar libre y autónomamente su convencimiento frente a los hechos materia de controversia, siendo el único límite que tal apreciación probatoria no se distancie de la lógica razonable o sea abiertamente caprichosa y contrario a lo que revelan los medios probatorios, es decir contraevidente, pues basta con que al ponderarse y sopesarse los diferentes elementos de juicio, se aplique la lógica y las reglas de la experiencia.

No obstante, dado que la determinación del grado de invalidez o su origen son temas de gran complejidad y especialización, lo mismo implica que se dictamine por un personal especializado para que de esta manera el juzgador pueda obtener un mayor grado de persuasión sobre las decisiones proferidas por las juntas de calificación de invalidez y defina el litigio sin ninguna clase de duda, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del CPT y de la SS el juez del trabajo no está sujeto a tarifa legal alguna, y ésta no es una prueba ad substantiam actus.

Así las cosas, encuentra la Sala de Decisión que, en efecto al señor FRANCISCO MANUEL GALVIS PEÑA le fueron calificadas las ya referidas patologías por parte de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL MAGDALENA mediante doctamente No. 252012 del 26 de octubre de 2012, como de origen común, con una PCL del 51.86% y fecha de estructuración 10 de julio de 2012 (fls. 63 a 67 y 290 a 296), en tal virtud le fue reconocida por parte de COLPENSIONES pensión de invalidez, tal como lo aceptan las partes; debe indicarse que, como prueba solicitada por la parte actora se decretó pericia, a fin de obtener un nuevo concepto sobre el origen de las patologías y por ende, verificarse lo conceptuado en el dictamen demandado, no obstante la misma, por desidia de la parte interesada, no se pudo practicar.

Ahora bien, tal como ya se explicó con suficiencia en apartes anteriores, debe recordársele a la parte recurrente que el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena resulta pertinente y conducente a fin de establecer el origen de las patologías, por cuanto de manera razonada explica y expone las razones por las cuales en este caso, la patología del afiliado GALVIS PÉREZ son de origen común, para lo cual además, tuvo en cuenta la historia clínica del actor, exámenes médicos ocupacionales periódicos y valoraciones por especialistas. Aunado a lo anterior se evidencia que en los dictámenes practicados previamente por la misma Junta de Calificación, el 16 de septiembre de 2008,

del 06 de abril de 2010 y el practicado el 29 de septiembre de 2011 las patologías denominadas cervicalgia, hipoacusia neurosensorial y gonartrosis no especificada como de origen común, para lo cual además se tuvo en cuenta el análisis del puesto de trabajo (fls. 361 a 369).

Desde luego que de dicho dictamen, es claro que dicha patología fue sometida al examen de lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 1562 de 2012, esto es, se verificó si en efecto estas eran o no una enfermedad laboral, sin que en la presente causa, se pueda dar aplicación a lo estipulado es el Decreto 1477 de 2014, como lo sugiere el actor y presumir que las patologías son de origen laboral por tener alguna relación con las labores desempeñadas, en primer lugar porque no el mismo no estaba vigente al momento de efectuar los dictámenes, en segundo lugar porque de las pruebas aportadas en modo alguno puede establecerse que de la actividad laboral exista exposición a los agentes causales y se demuestre la relación con el perjuicio a la salud, tal como lo establece dicho decreto, o en su defecto que los factores de riesgo del trabajador, según el análisis del puesto de trabajo aportado de folios 21 a 34 tengan la suficiente entidad para derivar en una enfermedad laboral.

De esta manera sobre el punto en discusión, se concluye que no es viable acceder a la petición del recurrente y por ende, no tener en cuenta el mencionado dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena en este proceso, toda vez que quien rinde el dictamen que obra dentro del plenario es un cuerpo especializado en establecer el origen de este tipo de patologías, que de manera razonada explican y exponen las razones por las cuales en este caso concluyen que es una enfermedad de origen común, por lo cual, estima este Tribunal que se debe otorgar un mayor mérito probatorio a este dictamen, sin que se cuente con otros medios de convicción con respaldo cierto y serio en los cuales esta Sala pueda derivar técnica y probatoriamente una conclusión diferente.

En este contexto decisional, la Sala CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de WILLIAM ERNESTO ÁVILA SANTIAGO contra GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. Rad. 11001 31 05 023 2019 00248 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el día 11 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES

El señor WILLIAM ERNESTO ÁVILA SANTIAGO, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra de GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., mediante la cual solicitó declarar la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, el cual finalizó de manera unilateral e injusta por parte del empleador. Como consecuencia de la anterior declaración, sea reintegrado al cargo que desempeñaba al momento de la terminación del contrato de trabajo, o a uno superior sin solución de continuidad, y que la labor se encuentre acorde con su capacidad laboral y su estado de salud. Asimismo, se condene a la demandada al pago de todos los salarios que se hayan causado entre el despido y el reintegro del actor, así como las prestaciones sociales legales y convencionales a que haya lugar, deduciendo aquellos valores que la

demandada demuestre haber pagado, y los aportes a seguridad social. Finalmente, solicitó se condene a la demandada al pago de indemnización equivalente a 180 días de salario, de conformidad con el Art. 26 de la Ley 361 de 1997; las anteriores condenas debidamente indexadas a la fecha presente de su pago.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que ingresó a laborar a GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., el 21 de julio de 2016, en el cargo de «Operario de ensamble 2» y posteriormente el de «Controlador de calidad de vehículos». Añadió que ingresó sano y sin limitaciones en su sistema osteomuscular, de acuerdo a los exámenes médicos de ingreso. Que el día 26 de julio de 2016, la demandada dio por terminado el contrato de trabajo, sin justa causa, argumentando la situación del mercado. Que para esa fecha el demandante se encontraba enfermo y en estado de debilidad manifiesta, ya que en vigencia de su relación laboral le fueron diagnosticadas enfermedades de tipo osteomusculares las cuales obran en su historia clínica, en la EPS y ocupacional, lo que también trajo como consecuencia recomendaciones laborales, terapias físicas, incapacidades y una serie de medicamentos para el tratamiento de sus dolencias. Adujo que mediante dictamen No. 80525713 del 1° de septiembre de 2014, la EPS CRUZ BLANCA, calificó su patología como de origen laboral; igualmente lo hizo la Junta Regional de Calificación de Invalidez mediante dictamen No. 72550 del 27 de febrero de 2015, dictamen que fue confirmado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en evaluación del 10 de septiembre de 2015. Que en dictamen del 16 de noviembre de 2017, la Junta Regional de Calificación de Invalidez, determinó que la pérdida de capacidad laboral era del 14.70%, porcentaje que fue confirmado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 25 de julio de 2018, con las siguientes patologías: «síndrome del manguito derecho», «sinovitis y tenosinovitis del hombro derecho», «dedo en gatillo anular izquierdo», «epicondilitis lateral bilateral» y «epicondilitis media bilateral».

Agregó que para la fecha del despido, la empresa tenía conocimiento de las enfermedades que padecía el demandante, por razón de los permisos para las consultas médicas, terapias e incapacidades, pero que sin embargo, lo despidió sin permiso de la Oficina del Trabajo, el cual necesitaba por su condición de disminuido físico.

Señaló que para la fecha en que fue despedido se encontraba afiliado al SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA METALMECÁNICA, METALURGICA, SIDERURGICA, ELECTROMECANICA, FERROVIARIA, COMERCIALIZADORAS Y TRASNPORTADORAS DEL SECTOR «SINTRAIME»; que

era beneficiario de la Convención Colectiva del Trabajo, encontrándose firme para la época, la Convención Colectiva de Trabajo XXVII, suscrita entre GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., y el Sindicato SINTRAIME. Concluyó que de él dependen económicamente su compañera permanente Fidelina Rincón Pérez y su menor hija MARÍA JOSÉ ÁVILA RINCÓN (fls.3-17).

CONTESTACION DE DEMANDA

El demandado GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones; para ello argumentó que se trata de una pretensión carente de todo fundamento fáctico y jurídico, en la medida que el actor durante la vigencia y la terminación del vínculo que sostuvo con GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., no estuvo cobijado con estabilidad laboral reforzada alguna, razón por la cual, la decisión de dar por finalizada la relación laboral del actor, goza de total eficacia y validez. De igual manera, resaltó que de conformidad con lo contemplado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la prohibición allí prevista se refiere a la terminación de los contratos de trabajo que tienen como origen una situación de discapacidad o limitación del trabajador, circunstancias que no se cumplen en el presente asunto. Precisó que no existe prueba alguna que acredite que el señor WILLIAM ERNESTO ÁVILA SANTIAGO, es beneficiario del fuero de estabilidad laboral reforzada, y que por el contrario, el actor durante la vigencia de la relación laboral siempre fue apto para desarrollar sus funciones, pues jamás fue reubicado o presentó restricción médica alguna que afectara el normal desarrollo de sus funciones. En cuanto a la protección por estabilidad laboral reforzada de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se ocupa esencialmente del amparo de las personas con los grados de limitación superior al “moderado”. Sin que al demandante para la fecha de la desvinculación hubiera sido calificado o dictaminado con alguna limitación. Concluyó señalando que de conformidad con lo contemplado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la prohibición allí prevista se refiere a la terminación de los contratos de trabajo que tienen como origen una situación de discapacidad o limitación del trabajador, circunstancias que no se cumplen en el presente asunto. Propuso las excepciones de: «inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido», «falta de título y causa en el demandante», «pago», «compensación», «enriquecimiento sin justa causa», «buena fe», «prescripción», «alcance de la Ley 361 de 1997», «inexistencia del nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y el estado de salud del actor», «improcedencia e imposibilidad del reintegro» y la «genérica» (CD a fls. 233, 239, 243 A, 243 B, 243 C)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el día 11 de noviembre de 2020, condenó a la sociedad GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., a reintegrar al trabajador WILLIAM ERNESTO ÁVILA SANTIAGO, a un cargo igual o de mejores condiciones al que desempeñaba para el momento en que fue despedido, que se ajuste a sus condiciones de salud y que conlleve al reconocimiento de salarios de prestaciones legales y extralegales que recibía y tenía derecho, así como el pago de aportes a la seguridad social integral. Igualmente ordenó que las sumas de la presente condena deberán reconocerse debidamente indexadas al momento de su pago, y autorizó a la demandada el descuento de la suma de $57.331.000 pagadas por concepto de indemnización por despido sin justa causa. Declaró probada la excepción de compensación propuesta por la demanda respecto del pago efectuado al demandante y no probadas las demás excepciones. Condenó en costas a la sociedad demandada.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que de acuerdo a los criterios normativos y jurisprudenciales, se tiene que a la terminación del contrato de trabajo, que lo fue el 26 de julio de 2016, el demandante había sido tratado por patologías como atrapamiento cubital bilateral, tendinitis del manguito rotador hombro derechos, dedo del gatillo mano izquierda, tendinitis flexosensores de antebrazos y manos bilateral, epicondilitis medial y lateral bilateral, tal y como da cuenta la historia clínica y conforme a las pruebas recaudadas. Señaló que con el interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada y el testimonio de ELVER ALEXANDER BUSTOS COY, quien se desempeña como supervisor del departamento médico de la demandada, se logró establecer claramente que la entidad demandada tenía conocimiento de las incapacidades que le habían sido otorgadas al demandante siendo la última de ellas concedida por un periodo de tiempo muy corto, esto es del 17 de marzo a 19 de marzo de 2016, conforme al registro de incapacidades aportados con la contestación de la demanda, igualmente que el demandante había sido calificado con enfermedades de origen laboral y que le habían sido expedidas algunas recomendaciones laborales para el año 2015 y 2016, y que las ultimas se encontraban vigentes para la fecha de terminación del contrato, tal como lo afirmó el testigo ELVER ALEXANDER BUSTOS. En relación con este último aspecto, evidenció que para el momento de la terminación del contrato de trabajo el demandante no prestaba sus servicios de manera normal pues si bien ocupaba el cargo de controlador de calidad el cargo no cambió, no ejecutaba todas las funciones propias del mismo, ello se establece con los diferentes testimonios rendidos por JUAN CARLOS OTALORA, JUAN MANUEL ROMERO, JHON ROBINSON RIOS HERNANDEZ, quienes al unísono informaron que en virtud de las patologías que presentaba el demandante se le restringieron operaciones, por ejemplo,

no realizaba labores en algunas estaciones de su trabajo como es el caso de la estación conocida como bajo piso o la estación de levantar capó, lo anterior, con ocasión a sus limitaciones, pues no podía levantar los brazos en un ángulo superior a 90° ni levantar un peso superior a 5kg, ello además se corroboró con el mismo testimonio del jefe Coordinador médico ELVER ALEXANDER BUSTOS COY, quien manifestó también que al momento de la terminación del contrato, el demandante ejercía su labor en las estaciones que podía ejercerlo y no en todas. Arguyó que se acreditó que las dolencias que presentaba el demandante impedían un desempeño normal de las funciones para las que había sido contratado, y que ello implicó un proceso de readaptación laboral dado que se efectuaron medidas especiales para el desarrollo de la actividad con restricciones significativas en el ejercicio del cargo, lo que conllevaba a que sus compañeros de trabajo realizaran algunas funciones que le correspondían al señor demandante en virtud del cargo que desempeñaba y obviamente en virtud de la limitación que tenía.

Añadió que las recomendaciones que habían sido emitidas al trabajador, comprometían el normal desarrollo de sus funciones laborales, e implicaron modificación o restricciones de sus labores, es decir, a la fecha del despido las patologías que presentaba el demandante le impedían un desarrollo cabal y normal de su labor y ello era de pleno conocimiento de su empleador, tanto así que se habían realizado algunas valoraciones de su puesto de trabajo y se encontraba además este trabajador en el programa de reincorporación laboral, con el que cuenta la entidad demandada, lo anterior, teniendo en cuenta las afectaciones de salud que presentaba el trabajador que le impedía el normal desarrollo de sus funciones siendo conocido por su empleador, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la nueva posición de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, concluyó el Despacho que al momento del despido el demandante si era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada. Por otro lado, explicó que la demandada adujo que existió una causal objetiva para el despido del causante, y aunque ello fue expuesto también en la carta de terminación del contrato de trabajo y confirmado por algunos testigos, para el A quo esa situación no es justificativa, pues debió considerarse el despido del trabajador como la última opción ya que se encontraba cobijado por la estabilidad laboral reforzada, pues como lo expuso el testigo JHON RIOS HERNANDEZ, el Ministerio del Trabajo en el año 2016 impuso sanciones por el despido de trabajadores que se encontraban enfermos catalogados con enfermedades laborales, por lo tanto el Despacho no encontró que aquella fuera una justificación objetiva que hubiere determinado la terminación del contrato de trabajo, pues la desvinculación debió ser la última opción, pues la empresa continua funcionando y su área productiva,

lo que quiere decir que este cargo continua ejecutándose por otros trabajadores. Por todo lo anterior, condena a la demandada a reintegrar al trabajador a un cargo de igual o mejores condiciones al que se venía desempeñando al momento del despido y que se adapte a las condiciones de salud que presenta el mismo, y asimismo se condena al pago de salarios, prestaciones legales y extralegales a las que el demandante tenga derecho y que debió recibir desde el momento en que se produjo el despido y hasta el momento en que se materialice el reintegro; asimismo el pago de aportes a seguridad social, e indexación. Declaró no probada la excepción de prescripción ya que no transcurrió el trienio establecido en la norma. En cuanto a la compensación, autorizó a la demandada descontar del valor de este pago, la suma pagada por indemnización por terminación del contrato de trabajo.

APELACIÒN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la demandada GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., presentó recurso de apelación, solicitando se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia. Sustentó su apelación, al considerar que no se compadecen los argumentos presentados por el Despacho con las pruebas y la valoración que se debió hacer de las mismas. Sobre el estado de salud del demandante, indicó no compartir la apreciación del juez, pues cualquier situación de salud no puede denominarse como un estado de debilidad manifiesta que requiera especial protección, y en el caso del actor, no cumple con los requisitos de la Corte Suprema de Justicia como de la corte Constitucional, de los cuales se pudiera establecer que el actor requería un especial tratamiento. Respecto a las limitaciones del actor, señaló que estas únicamente eran levantar los brazos a más de 90° y el manejo de peso, y que además no tuvo restricciones o cambio de cargo o área completo, pues la función que realizaba el actor tenía tantas variaciones que solamente se le dijo que no podía estar en una estación. Además de lo anterior, indicó que el actor no se encontraba calificado para la época del despido, pues si bien hay una calificación, esta fue expedida casi un año posterior a esto con fecha de estructuración mayor. En cuanto a las incapacidades, señaló que tuvo algunos días pero con mucha anterioridad a la finalización del contrato, por lo que tampoco podría decirse que el despido fue con ocasión a las mismas ni que existiera una debilidad manifiesta en el estado de salud del demandante. Agregó que no se cumplen con los presupuestos del art. 26 de la Ley 361 de 1997, como quiera que el actor no fue despedido con ocasión a su estado de salud como quiera que no había estado de salud que proteger, y además porque existieron unas causales objetivas para la terminación del contrato de trabajo, como fue la crisis económica y la baja de producción para los años 2015-2016, y que para la fecha fueron despedidos más de 300 trabajadores.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

El apoderado de la sociedad demandada GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., solicitó se revoque la sentencia en todas sus partes y en consecuencia se absuelva, manifestando que el demandante durante la vigencia de la relación laboral no fue beneficiario de estabilidad laboral reforzada, y que el despido obedeció a una causa objetiva, por lo que no existe nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y el estado de salud del actor.

Por su parte, la apoderada del demandante insistió en que se debe confirmar la sentencia, como quiera que el actor es sujeto de especial protección por estabilidad laboral reforzada. Añadió que GM COLMOTORES, conocía la afectación médica del demandante al momento de la terminación de la relación laboral, por lo que antes de despedirlo tenía la obligación legal de solicitar autorización ante el Ministerio del Trabajo, de acuerdo a lo ordenado por el Art. 26 de la Ley 361 de 1997.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación determinar si el aquí demandante es beneficiario de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 al momento de la terminación de su contrato de trabajo, o si por el contrario la terminación del vínculo laboral obedeció a una causal objetiva.

CONSIDERACIONES

Previo al análisis objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existió un contrato de trabajo, donde el actor ocupó los cargos de Operario Ensamble Final II y Controlador de calidad, en el periodo comprendido entre el 21 de julio de 2006 hasta el 26 de julio de 2016, como así se evidencia del contenido del contrato en comento visible a folios 18-19, de la copia de la carta de terminación del

contrato emitida por la empresa según folios 29 y cd contestación de demanda a folios 233, 239, 243 A, 243 B, 243 C.

Igualmente, se encuentra demostrado que el demandante, presentaba afectaciones en su estado salud, aproximadamente desde el año 2011, y que a raíz de estas afecciones, estuvo sometido a tratamientos y terapias, por patologías como: Epicondilitis media, tendinosis del tendón conjunto, atrapamiento cubital bilateral, tendinitis del manguito rotador hombro derecho, dedo en gatillo mano izquierda, tendinitis de flexoextensores de antebrazos y mano bilateral, Epicondilitis medial y lateral bilateral, bursitis del hombro, epicondilitis mixta en ambos codos, entre otras (fls. 30-55, 57-64), lo cual ocasionó que se le otorgaran recomendaciones medico laborales por médico especialista en salud ocupacional, tales como: asistir a controles médicos ordenados por la ARL; implementar las indicaciones médicas y terapéuticas emitidas durante los procesos de rehabilitación; implementar periodos de 5 minutos cada hora de trabajo continuo para la realización de ejercicios de calentamiento, fortalecimiento, estiramiento y/o reposo articular; permitir la manipulación bimanual de cargas que tengan un peso máximo de 5kg, y para cargas mayores utilizar ayudas mecánicas o aplicar técnicas de trabajo en equipo; realizar labores que permitan la adopción de posturas dentro de los rangos de confort a nivel de los hombros, y para alcances máximos deberá hacerlo con ayuda externa; transportar y levantar los pesos tan solo a la altura del pecho, con los codos flexionados para asegurar que la carga está lo más pegada al cuerpo posible, utilizando ambos brazos para repartir la carga; verificar y ajustar constantemente la postura de los codos durante la ejecución de actividades; realizar los agarres con la mayor parte de la mano, más cuando los objetos sean de gran tamaño mayor a la capacidad de la mano; durante la realización de las actividades procure no efectuar giros extremos con las muñecas, mantenga las manos alineadas con los brazos; el trabajador debe desempeñar un horario habitual establecido, sin exceder 48 horas semanales; evitar la práctica de deportes que requieran de lanzamiento o fuerza de los miembros (fls. 56).

Además de lo anterior, se encuentran en el expediente boletas de GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. de incapacidades laborales y licencias médicas, dadas al Señor WILLIAM ERNESTO ÁVILA SANTIAGO, con sellos de fecha 17 de marzo de 2016, 10 de febrero de 2016, 5 de noviembre de 2015, 9 de octubre de 2015, 18 de agosto de 2015, 23 de febrero de 2015, 15 de diciembre de 2014, 12 de diciembre de 2014, 6 de octubre de 2014, 15 de septiembre de 2014, 14 de agosto de 2014, 3 de diciembre de 2013, 22 de noviembre de 2013 (fls. 65-69). Asimismo, se tiene que el 29 de septiembre de 2014, la

EPS CRUZ BLANCA, notificó al actor de la calificación de origen de enfermedad, donde se estableció que sus patologías eran de origen laboral (fls. 71-78), posteriormente, el 27 de febrero de 2015, la Junta Regional de Calificación de Invalidez, profirió dictamen de calificación de la perdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez del demandante, señalando que la enfermedad de este era «profesional» (fls.79-86); igualmente la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, emitió dictamen en las mismas condiciones que la Junta Regional, es decir, atribuyendo el origen de la enfermedad como «profesional» (fls. 87-94); de fecha 16 de noviembre de 2017, reposa en el expediente Calificación de pérdida de capacidad laboral de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, donde se le otorgó al actor una PCL de 14.70% (fls. 95-99); de la misma manera Dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, donde confirmó el dictamen de la Junta Regional en porcentaje de 14.70% (fls. 101-104); además se encuentra «Informe del puesto de trabajo para definición de riesgo osteomuscular», de julio de 2014 (fls. 105-116).

Descendiendo al problema jurídico, la Corporación debe recordar a las partes que la vigencia de los porcentajes de calificación de las limitaciones moderada, severa y profunda en grados porcentuales como lo contemplaba el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, que reglamentaba el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, fue expresamente derogada por el artículo 61 del Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, pues en especial derogó el Decreto 2463 de 2001 que así lo estipulaba.

Así las cosas, no es objeto de duda la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados y más aún para los efectos de determinar la viabilidad de la protección reforzada por discapacidad, según las limitaciones de moderada, severa y profunda, quiere decir ello, que no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013, pues corresponde al 26 de julio de 2016 (fl.29 y cd contestación demanda).

En ese orden de ideas, con la derogatoria del artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 y al perder sustento la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de severa y profunda para lo protección especial por la discapacidad, por lo menos, desde su derogatoria expresa, es una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para calificar si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la

causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional sentencia de unificación SU 049 de 2017 (M.P. María Victoria Calle), en la que se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, con lo cual justamente, advirtió la alta Corporación que la Constitución Política prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección como la Ley 361 de 1997.

A su turno, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1360 de 2018 cambió su criterio frente a la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, acogiendo la postura de establecer que la norma conlleva una presunción legal o de derecho a favor del trabajador despedido, que permite deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado de salud, por lo que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de una justa causa para su finiquito en los términos legales.

De lo anterior se deduce que para la determinación de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es necesario estar calificado en algún grado de limitación, así como tampoco estar o no incapacitado a la fecha del despido, pues lo que verdaderamente importa es asegurar la integridad de la dignidad humana del trabajador, quien en virtud de una enfermedad o afección en su salud, puede ver menguado el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentando una situación de debilidad manifiesta frente a su empleador, situación que es la que lleva a determinar si hay lugar a garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Clarifica la Sala de Casación Laboral del CSJ, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, y que lo que sanciona es que tal acto este precedido de un criterio discriminatorio, resultando necesario que el Ministerio compruebe si, en efecto, la deficiencia del trabajador es incompatible o insuperable, en el cargo que ejercía o en otro existente en la empresa; por lo que la invocación de una justa causa legal, permitiría no acudir al Inspector del Trabajo, pues se eliminaría la presunción discriminatoria, al soportarse en una razón objetiva. No

obstante, el trabajador podría controvertir la decisión tomada por el empleador en un proceso judicial, en el cual solo le bastaría demostrar su estado de limitación física o discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que implicaría para el empleador la carga de la prueba de demostrar suficientemente la justa causa legal, so pena de que se declare la ineficacia del despido. Concluye así la Corte:

> «a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.
>
> b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.
>
> c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas».

Ajustando estos derroteros jurisprudenciales y las normas citadas al caso concreto, considera esta Sala de Decisión que toda persona que considere encontrarse bajo el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y solicite su aplicación, ya no debe acreditar que se encuentra dentro del porcentaje de una limitación calificada siquiera como moderada, por lo que solo resta revisar las causas que dieron lugar a la terminación del vínculo laboral, para establecer si existe un nexo causal entre el estado de salud de la trabajador y el despido o la desvinculación laboral de que fue objeto y, que, el empleador conociera previamente de dicha limitación.

Explicado lo anterior, a juicio de esta Sala de Decisión el debate del asunto se centra en establecer, si para el momento de la terminación del contrato de trabajo el actor WILLIAM ERNESTO ÁVILA SANTIAGO, se encontraba en estado de limitación física

que le impidiera sustancialmente el desempeño regular de la labor; al efecto, es pertinente descender sobre los medios probatorios aportados al proceso, en los que se evidencia que en efecto el demandante venía presentando quebrantos de salud desde aproximadamente los años 2011-2012 y que fue despedido como ya se dijo, el 26 de julio de 2016, lo que permite concluir que desde la calenda citada hacía atrás se debe establecer si el actor contaba con algún tipo de discapacidad o disminución en su estado de salud o tratamiento alguno en virtud de la misma, que lleve inferir que era beneficiario de la presunción de discriminación por lo que su estado de salud pudo dar lugar a la terminación de contrato de trabajo, para que entre a operar la protección de la Ley 361 de 1997, lo cual es consecuente con la fuerza vinculante de las sentencias de exequibillidad de la Corte Constitucional sobre el ámbito de aplicación de la norma que se invoca y la sentencia de unificación mencionada.

Una vez revisada la documental aportada por las partes, es claro que el demandante desde el año 2012, se encontraba diagnosticado con Epicondilitis, y posteriormente con las patologías de tendinosis del tendón conjunto, atrapamiento cubital bilateral, tendinitis del manguito rotador hombro derecho, dedo en gatillo mano izquierda, tendinitis de flexoextensores de antebrazos y mano bilateral, Epicondilitis medial y lateral bilateral, bursitis del hombro, epicondilitis mixta en ambos codos, entre otras, y que previo a la finalización del vínculo laboral con la sociedad GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., estuvo sometido a diversos tratamientos, que tenía recomendaciones laborales y algunas restricciones a la hora de ejecutar su trabajo, y había tenido 35 días de incapacidad laboral (cd a folio 239).

En ese orden de ideas, del anterior barrido probatorio, se palpa con meridiana claridad, que la demandada siempre tuvo conocimiento del estado de salud del actor, por lo cual considera esta Sala de Decisión que no podía ser despedido o terminado su contrato sino con previa autorización del Ministerio del Trabajo; pues el empleador aquí demandado tenía pleno conocimiento del estado de limitación física que soportaba el demandante al momento de terminar el contrato de trabajo el 26 de julio de 2016.

Ahora bien, en lo que respecta a la causa objetiva que alega la demandada para la finalización del contrato de trabajo del actor, se tiene que en la misiva calendada 26 de julio de 2016, la sociedad le manifestó al actor:

> «La empresa se ha visto obligada a tomar esta decisión dada la situación actual del mercado que ha venido afectando las ventas de nuestros productos, acumulando un número importante de unidades ensambladas.

> Esta situación ha impactado de manera negativa el patrón de producción, debiendo hacer una importante disminución tanto en las unidades producidas como en la mano de obra, forzando en esta última a hacer una reducción que se acomode al nuevo esquema de producción.»

No obstante lo anterior, al revisar el material probatorio arrimado, si bien se encuentra en cd a folio 233, documento denominado «certificación plan de reestructuración», donde en síntesis, GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. manifiesta que debido al incremento de inventario de vehículos y baja demanda, la empresa tomó la determinación de despedir a más de 325 trabajadores, lo cierto es que para el 26 de julio de 2016, el actor se encontraba cobijado y protegido por la estabilidad laboral reforzada, y por lo tanto era procedente y necesario elevar permiso ante el Ministerio de Trabajo, para poder efectuar su desvinculación. Adicionalmente, se tiene que la anterior certificación se trata de un documento elaborado por la parte pasiva, sin que pueda evidenciarse a través de otra probanza que lo manifestado allí corresponde a la realidad, pues la crisis económica y de ventas que señala la demandada, no fue probada siquiera de manera sumaria y, aún de haberlo hecho, es claro que en casos como este, en el que es evidente que el trabajador despedido presenta una discapacidad de origen laboral de la que es conocedor el empleador al momento del finiquito laboral, este no puede asumir el riesgo o pérdida del empleador, y sin que este haya cumplido con su obligación especial de protección y seguridad consistente en procurar a su trabajador limitado físicamente una reubicación al interior de la organización empresarial, dada su discapacidad, garantizándole razonablemente la seguridad y salud ocupacional en procura de su rehabilitación y/o recuperación.

Así las cosas, concluye diáfanamente la Corporación que la entidad demandada no logró probar una causal objetiva de terminación del contrato de trabajo del demandante, con lo que la presunción a su favor queda confirmada en la medida que se acredita el nexo causal entre el previo estado de salud deficitario del demandante que era de conocimiento de la empleadora y la terminación del vínculo laboral, en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Para finalizar, es importante informar que esta Corporación pudo evidenciar que el Juez de primera instancia, no estudió la pretensión encaminada al reconocimiento y pago de indemnización de 180 días de salario contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, siendo que esta se encontraba enlistada claramente en el acápite de pretensiones numero décimo primero (fl. 4), constituida como objeto de discusión en el debate probatorio; por lo anterior, se insta al Juez Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá,

para que en lo sucesivo, realice un estudio acucioso de todas las pretensiones de la demanda, máxime cuando esta omisión podría constituirse en un perjuicio a las partes.

Así las cosas, y al haberse analizado todos los puntos de la apelación, y al no encontrar pruebas que desvirtúen lo decidido por la primera instancia, la sentencia se confirmará en su integridad con las anotaciones realizadas en precedencia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. - SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de OMAR DE JESÚS MUÑOZ GARCÍA, CAROL JULIANA MUÑOZ MAYORGA, MARGARITA GONZÁLEZ ROJAS Y RESURRECCIÒN ORJUELA contra CODENSA S.A. ESP. Rad. 110013105-020-2019-00448-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES

Los señores OMAR DE JESÚS MUÑOZ GARCÍA, CAROL JULIANA MUÑOZ MAYORGA, MARGARITA GONZÀLEZ ROJAS Y RESURRECCIÓN ORJUELA, promovieron demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que tienen derecho a recibir, de parte de CODENSA, el pago de la mesada 14 de la pensión de jubilación que la misma entidad reconoció y este pago debe corresponder tanto a la fracción de la pensión de jubilación que les paga directamente la demandada como a la que les paga el ISS/COLPENSIONES en subrogación de la demandada; así mismo, se declare que la demandada no les ha pagado la mesada 14 desde el primer año en que reconoció el derecho a la sustitución de la pensión de jubilación convencional de sus cónyuges o madre, por lo anterior, se declare que tienen derecho a que la demandada les pague el retroactivo de la mesada 14, correspondiente al periodo legal no prescrito, junto con la respectiva indexación.

En consecuencia, se condene al pago del retroactivo de la mesada 14 a la señora MARGARITA GONZÁLEZ ROJAS desde el año 2015; a la señora RESURRECCIÓN ORJUELA desde el año 2016; y a los señores OMAR JESÚS MUÑOZ GARCÍA y CAROL

JULIANA MUÑOZ MAYORGA desde el año 2014, esta última hasta el año en que cumpla la condición de ser estudiante con menos de 25 años. Lo anterior, junto con la indexación e intereses moratorios, más las costas del proceso incluidas las agencias en derecho.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relataron que los causantes y jubilados titulares por parte de CODENSA son, los señores señor LELIO ALFONSO COY GONZÁLEZ a quien le fue reconocida la pensión de jubilación el 17 de junio de 1998 y falleció el 14 de junio de 2014; el señor FILILBERTO FORERO HERNÁNDEZ a quien le fue reconocida la pensión de jubilación por parte de CODENSA S.A., el 01 de marzo de 2001, quien falleció el 11 de agosto de 2015 y la señora FLOR ALBA MAYORGA HURTADO a quien le fue reconocida la pensión de jubilación el 16 de octubre de 2003 y falleció el 22 de marzo de 2008. Advirtiendo que dichos jubilados tenían el derecho al pago de la mesada 14 por parte de la demandada; así mismo, tienen derecho al reconocimiento del derecho de la sustitución de la pensión de jubilación de los causantes. Que posteriormente, se les reconoció a los demandantes el derecho a la sustitución de la pensión de jubilación por los causantes así, a la señora Margarita González Rojas el 14 de junio de 2014 y en la misma fecha COLPENSIONES le reconoció la sustitución pensional de vejez; a la señora Resurrección Orjuela CODENSA S.A. le reconoció la sustitución pensional el 11 de agosto de 2015 y en la misma fecha COLPENSIONES le reconoció la sustitución pensional de vejez; al señor Omar Jesús Muñoz García el 22 de marzo de 2008 y en la misma fecha COLPENSIONES le reconoció la sustitución pensional de vejez y a Carol Juliana Muñoz Mayorga el 22 de marzo de 2008 y en la misma fecha COLPENSIONES le reconoció la sustitución pensional de vejez. Pese a lo anterior, la demandada dejó de pagarle a los accionantes la mesada 14 en las siguientes fechas, a Margarita González Rojas desde junio de 2015; a la señora Resurrección Orjuela desde junio de 2016, al señor Omar Jesús Muñoz García a partir de junio de 2008 y a Carol Juliana Muñoz Mayorga a partir de junio de 2008, precisando que Colpensiones no les ha pagado en ningún momento la mesada 14, correspondiente a la fracción de pensión de jubilación que les paga en subrogación de la demandada. Por lo anterior, reclamaron el restablecimiento del pago de dicha mesada junto con la respectiva indexación, sin obtener respuesta (fls. 01 a 27).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CODENSA S.A. ESP contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, argumentando que según el Acto Legislativo 01 de 2005 las personas cuyo derecho a la pensión se causen a partir de la vigencia del referido acto no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año, resaltando que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos exigidos para ella y en razón que para el presente caso, a los demandantes les fueron reconocidas las

pensiones con posterioridad al año 2005, no tienen y nunca han tenido derecho a la mesada 14. Que si bien, la Ley 100 de 1993 creó la mesada adicional 14, con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 se dispuso que aquellos pensionados cuya pensión se hubiere causado a partir de esta expedición, no podrán recibir más de 13 mesadas al año, salvo si reciben una pensión igual o inferior a 3 SMLMV y a su vez fuere causada antes del 31 de julio de 2011. Precisando que, para el caso bajo análisis, si bien las pensiones de jubilación se causaron con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, las sustituciones no, razón por la cual deben cumplir con los requisitos establecidos en el mismo y no se puede reconocer la mesada adicional. Adicionalmente, las pensiones de sustitución se causan siempre y cuando fallezca la persona que venía disfrutando de la prestación y solo hasta ese momento se sustituye el derecho, razón por la cual el derecho de los sustitutos nace con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo y por ende no cumplen con los requisitos exigidos por la norma. Como excepciones de fondo, propuso las de «inexistencia de la obligación pretendida», «improcedencia de los intereses moratorios», «carencia del derecho», «prescripción», «falta de causa y cobro de lo no debido», «buena fe» y «genérica» (Fls.247 a 258).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 24 de noviembre de 2020, el Juzgado 2o Laboral del Circuito de Bogotá declaró que los demandantes Margarita González Rojas, Omar de Jesús Muñoz García, Carol Juliana Muñoz y Resurrección Orjuela Martínez tienen derecho a la mesada 14, a partir del 19 de enero de 2014, 23 de mayo de 2014 y 11 de agosto de 2014 respectivamente, razón por la cual condenó a CONDENASA S.A. a su restitución o reconocimiento y pago debidamente indexado mes por mes y hasta el momento de su pago. Finalmente, absolvió a la demandada de las restantes pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que no debe haber diferencia en la naturaleza jurídica de la pensión reconocida para efectos del beneficio del pensionado para recibir su mesada pensional, tal como ocurrió en el caso concreto, pues las pensiones fueron causadas con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo del 01 de 2005, incluso la demandada lo venía reconociendo antes que el ISS le reconociera la pensión de vejez ya que estaba obligada a asumirlo por efectos de la compartibilidad pensional; precisando que si bien las pensiones voluntarias no son esencialmente vitalicias y pueden estar sometidas a una temporalidad, en el caso en concreto no es así ya que en el soporte de la prestación consagró que la misma sería compartible, razón por la cual debe la accionada reconocer la diferencia existente entre la pensión y la que reconozca el ente de la seguridad social, en el cual debe incluirse la mesada 14. Por lo

anteriormente señalado, indicó que los beneficiarios, hoy demandantes, tienen derecho a la mesada 14 por parte de CODENSA S.A.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación, pues consideró que lo que se debate en el proceso es una pensión compartida con el ISS, que si bien es cierto que para que se diera el derecho pensional de los actores, el ISS tuvo que haber pensionado por sustitución pensional a los accionantes y tal como se infiere en la demanda Colpensiones a la fecha no está pagando la mesada 14, razón por la cual CODENSA no puede subrogarse o pagar el mayor valor por efectos de una compartibilidad pensional sobre algo que a la fecha no existe. Igualmente, reiteró que el Acto Legislativo 01 de 2005 señaló que las personas cuyo derecho se cause a partir de la vigencia del mencionado Acto no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año, además para acceder a la pensión se deben cumplir todos los requisitos para el disfrute de la misma que para el presente caso estos derechos surgieron con ocasión a la muerte del causante, fallecimiento que ocurrió con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto referido, razón por la cual se eliminó la mesada número 14. Por las razones anteriormente expuestas solicitó se revoque la sentencia emitida y en consecuencia, se absuelva a CODENSA S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión. La parte actora en similares términos a los indicados en la demanda, solicitando se confirme la decisión. La accionada CODENSA alegó en similares términos a los expuestos en la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer si procede o no el pago a la mesada 14 en virtud de las pensiones de jubilación que les fue reconocida a los causantes y sustituidas a los demandantes en virtud de las pensiones de sobrevivientes otorgadas por COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se tiene que, no se encuentra en discusión que los causantes Lelio Alfonso Coy González, Filiberto Forero Hernández y Flor Alba Mayorga,

ostentaron la calidad pensionados por jubilación de CODENSA, prestaciones que eran de carácter extra legal, siendo recocidas a partir del 01 de junio de 1998, el 01 de marzo de 2001 y el 15 de octubre de 2003 respectivamente. Adicionalmente, que las prestaciones tenían el carácter de compartida con la pensión de vejez que reconocieran posteriormente el ISS y COLPENSIONES, cuyos valores resultaron ser inferiores a los que la demandada reconoció y por ello viene pagando la diferencia respectiva por mayor valor. Asimismo, que Colpensiones reconoció pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de los aludidos causantes, a los accionantes y que actualmente CODENSA dejó de pagar la mesada 14 una vez se produjeron los fallecimientos. Dichos aspectos, fueron establecidos en la decisión de primer grado sin que fuesen objeto de reproche en la alzada.

En tal sentido y en aras de resolver el problema jurídico planteado, es menester recordar que la también denominada «mesada catorce», fue consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, precisando que tenían derecho a ella «Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, … , tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994». Lo anterior, sin distinguir el legislador respecto a la normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión o la calidad del pensionado, para efectos de acceder a ese derecho, esto es, pensiones legales o extralegales.

Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, señala en su inciso 4º que «En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos», a su vez en el inciso 8º se indica que «Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento»; e igualmente, prescribe en el parágrafo transitorio 6, que «Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año».

Así las cosas, tenemos entonces que cada uno de los causantes fue pensionado por parte de CONDENSA el 01 de junio de 1998, el 01 de marzo de 2001 y el 15 de octubre de 2003

respectivamente, esto es, antes de entrar en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, de ahí que, de entrada se colige, no es posible que dicha reforma tenga la facultad de afectar los derechos de dichos pensionados, pues ya se encontraban disfrutando de una pensión convencional que incluía catorce mesadas anuales, por tratarse de derechos adquiridos que ya ingresan en sus patrimonios.

En ese sentido, contrario a lo que plantea CODENSA, para determinar si procedía o no el derecho a la mesada 14 no hay que partir de la fecha de la muerte de los pensionados causantes, pues la muerte no es un supuesto para la pensión de jubilación, génesis en este caso de la mesada 14, pues el punto de partida es la fecha en que se configuró o estructuró el derecho a la pensión de vejez. Y al haberse dejado causado el derecho a dicha mesada, la misma debe sustituirse a sus beneficiarios. Ello es así por cuanto la pensión se transmite a los beneficiarios, en los mismos términos y bajo las mismas condiciones en los que le asistía el derecho al causante, precisando, el hecho de la muerte del pensionado no hace que aquella pierda su naturaleza o que surja un derecho nuevo a favor de los beneficiarios, con algún tipo de condicionamiento, pues se trata de una sustitución pensional del mismo derecho adquirido del causante.

Al respecto, es menester una precisión conceptual a la entidad recurrente, en la medida que parece confundir la terminología relativa a la pensión de sobrevivientes y la figura denominada sustitución pensional, pues si bien ambas figuras comparten la misma finalidad, conforme a lo dispuesto en el Artículo 46 de la Ley 100 de 1993, ellas cubren contingencias o situaciones de hecho disimiles. La primera de ellas <pensión de sobrevivientes>, se configura en los eventos en los que un trabajador, sin tener la condición de pensionado, ni cumplir con los requisitos legales para hacerlo, fallece y, previa verificación del cumplimiento de determinados requisitos creados por la ley, asegura que su núcleo familiar no se vea irremediablemente afectado por dicha situación; y la segunda, denominada sustitución pensional, se materializa cuando, contrario a la situación expuesta con anterioridad, el afiliado ya ostenta la condición de pensionado o cumple los requisitos legalmente exigibles para el efecto, de forma que esta no consagra un nuevo derecho del que son titulares los familiares del pensionado, sino que transfiere o sustituye aquel del que éste ya goza.

En esa medida, no resultan admisibles los argumentos planteados por el apoderado de la accionada, pues claramente, no tienen ningún asidero, al margen que Colpensiones, entidad que es ajena a este trámite, no esté pagando la mesada 14 una vez reconoce la pensión de carácter legal a los causantes y a su vez la sustituye a los aquí demandantes, por manera que CODENSA debe continuar pagando el mayor valor, entre el que se encuentra la mesada adicional # 14.

Corolario de lo brevemente expuesto hasta aquí, ello resulta suficiente para confirmar la decisión adoptada en primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve de (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por AMINTA CRUZ VALENCIA Y OTROS contra COLPENSIONES Rad. 110013105-007-2018-00031-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos dentro del expediente de la referencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES y de la señora MARIA TERESA ORJUELA contra la sentencia proferida el 07 de diciembre de 2020 por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá. Asimismo, se revisará la decisión en el grado de jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, AMINTA CRUZ VALENCIA y MARÍA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

ANTECEDENTES

La señora AMINTA CRUZ VALENCIA pretende se declare que convivió de forma ininterrumpida en calidad de cónyuge con el señor GUILLERMO ESPAÑA BOCANEGRA desde el día en el que contrajeron matrimonio, del 26 de noviembre de 1980 hasta el 26 de noviembre de 2007, fecha de su fallecimiento; en consecuencia, se ordene a COLPENSIONES reconocer y pagar la sustitución pensional del causante EN UN 100% a partir del 20 de junio de 2014, fecha en la cual fue retirado de nómina el señor CARLOS ENRIQUE PEÑA CRUZ quien venía disfrutando de la sustitución pensional; el pago de los intereses moratorios y la indexación de las mesadas. Se condene a la accionada a lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que contrajo matrimonio civil con el señor GUILLERMO ESPAÑA BOCANEGRA el 26 de noviembre de 1980 en el

Estado de Táchira, Venezuela. Que su primer domicilio fue en Villanueva, Guajira, hasta el año 1984 cuando se trasladaron a Valledupar Cesar en donde vivieron hasta el año 1992. Que fruto de la relación el 07 de junio de 1988, nació CARLOS ENRIQUE PEÑA CRUZ, quien se benefició del 100% la sustitución pensional del causante hasta el 19 de junio de 2014, fecha en la que cumplió 25 años de edad. No obstante, manifestó que al momento de presentar la solicitud de sustitución pensional, un funcionario del ISS le recomendó que hiciera la solicitud sólo a nombre de su hijo CARLOS ENRIQUE PEÑA CRUZ y creyó que en cuanto aquel dejara de recibir la mesada, automáticamente se la concederían a ella. Al percatarse del error, elevó petición ante COLPENSIONES para efectos del reconocimiento de la sustitución pensional, siendo negada mediante Resolución 00995 del 19 de enero de 2012 por existir otras solicitudes a nombre de MARÍA TERESA ORJUELA DE ESPAÑA y MARÍA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, sin embargo, presentó nuevamente la solicitud ante la accionada, siendo rechazada a través de Resolución GNR 66707 del 9 de marzo de 2015 por existir controversia con la señora MARÍA TERESA ORJUELA DE ESPAÑA (fls. 3 a 8). Adicionalmente, mediante reforma a la demanda indicó que el 07 de febrero de 2018 SERFUNCOOP LOS OLIVOS le informó que el señor GUILLERMO ESPAÑA BOCANEGRA era beneficiario en su plan exequial en calidad de cónyuge y que según carnet expedido por el ISS, era beneficiaria del causante. Asimismo, solicitó oficiar a MIGRACIÓN COLOMBIA para que informe las entradas y salidas del país de MARÍA TERESA ORJUELA DE ESPAÑA y MARÍA RODRÍGUEZ RODRIGUEZ (fl. 170).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que la demandante no acreditó la convivencia mínima de cinco años anteriores al fallecimiento del causante en calidad de cónyuge o compañera permanente, a efectos de reconocer la sustitución pensional. Agregó que al presentarse controversia con relación al beneficiario de la prestación, debía esperar a que una autoridad judicial dirimiera el asunto y determinara a quien le asiste el mejor derecho con aras a reconocer y pagar la sustitución pensional, en consecuencia, resaltó que siempre actuó en estricto cumplimiento de la Ley. Propuso como excepciones de mérito, las de «prescripción», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «inexistencia del derecho reclamado», «cobro de lo no debido», «buena fe de Colpensiones», «no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «carencia de causa para demandar», «compensación», «no procedencia al pago de costas en

instituciones administradoras de seguridad social del orden público», e «innominada o genérica» (fls. 44 a 58).

Mediante auto del 18 de julio de 2018, se ordenó integrar al libelo en calidad de demandadas a las señoras MARÍA TERESA ORJUELA DE ESPAÑA y MARÍA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (fl.31). No obstante, a través de auto del 22 de mayo de 2019 se tuvo por no contestada la demanda por MARÍA RODRÍGUEZ RODRIGUEZ por ser presentada de manera extemporánea (fl. 195).

INTERVENCIÓN AD EXCLUDENDUM

La MARÍA TERESA ORJUELA DE ESPAÑA, una vez notificada, en calidad de interviniente excluyente presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, en consecuencia, se condene a la accionada pagarle la sustitución pensional desde julio de 2014, debidamente indexada, junto con los interese moratorios, lo ultra y extra petita, más las costas del proceso. De forma subsidiaria, solicitó que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago del 50% de la pensión de sobreviviente o el porcentaje que corresponda según los años de convivencia con el causante desde julio de 2014, junto con la indexación e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que, contrajo matrimonio el 25 de noviembre de 1972 en Ibagué con el señor GUILLERMO ESPAÑA BOCANEGRA, procreando dos hijos, GUILLERMO ESPAÑA ORJUELA y FREDY ALEXANDER ESPAÑA ORJUELA y teniendo como residencia del núcleo familiar la casa Nº 6 de la manzana 43, ubicada en Ibagué hasta el año 2000 cuando se trasladaron al apartamento 203 del Edificio España ubicado en la carrera 4 Nº 15-18 de Ibagué. Explicó que desde el 23 de enero de 1999 en su afán de buscar un mejor futuro para su familia, se domicilió en España, argumentando que seguía en contacto con su cónyuge e hijos y que viajó a Colombia para visitarlos el 12 de agosto de 2000, el 11 de septiembre de 2001, el 3 de noviembre 2002 y el 27 de marzo de 2003, fecha a partir de la cual permaneció en España para conseguir la nacionalidad. Añadió que el 9 de marzo de 2004 el señor GUILLERMO ESPAÑA ORJUELA le envió una autorización autenticada para que tramitara ante las autoridades Españolas su cambio de nacionalidad y con ello, el 10 de octubre de 2006 registró su matrimonio ante el Ministerio de Justicia de ese país. Aseveró que el causante vivió hasta el momento de su deceso en el apartamento ubicado en la Carrera 4 Nº 15-18 de Ibagué en donde lo cuidaron sus familiares y una enfermera y que para ese momento, aquel ya había obtenido la nacionalidad española, razón por la cual el 18 de noviembre de 2008 tramitó ante el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, el reconocimiento de la sustitución pensional de su cónyuge (fls. 68 a 78).

Dicha demanda fue contestada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que aquella no reúne los presupuestos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes establecidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que no reconoció la prestación a su favor, dado que concurrieron tres personas diferentes con la misma finalidad, situación que debe ser dirimida por la Jurisdicción Ordinaria Laboral previo al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. Agregó que no es dable el pago de intereses moratorios, por cuanto no existe un retardo en el pago de la pensión, ya que la prestación no se reconoció por existir conflicto respecto a quien es el beneficiario, aunado a que el pago de la pensión no puede darse a partir de julio de 2014 porque ese mes efectuó el pago a favor de CARLOS ENRIQUE PEÑA CRUZ. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «cobro de lo no debido», «buena fe de Colpensiones», «no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «carencia de causa para demandar», «innominada o genérica», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» y «compensación» (fls. 199 a 216).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 07 de diciembre de 2020, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora MARÍA TERESA ORJUELA la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de GUILERMO ESPAÑA BOCANEGRA a partir del 20 de junio de 2014 en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente, junto con los incrementos legales anuales y mesadas adicionales; condenó al pago por concepto de retroactivo a la suma de $65.835.225 causado desde el 04 de septiembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2020, previo descuento de los gastos en salud. Absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones formuladas por la señora AMINTA CRUZ VALECIA y negó la pensión de sobrevivientes a favor de MARÍA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que de conformidad con el Código Civil, se predica la nulidad de los matrimonios celebrados por personas con vínculos matrimoniales vigentes. Asimismo, que en reiterada jurisprudencia, la CSJ ha establecido que el estatuto personal implica que los nacionales se rijan por la ley colombiana aun cuando celebren actos en el extranjero. En ese sentido, consideró que es válido el matrimonio celebrado en 1972 entre el causante y MARÍA TERESA

ORJUELA por ocurrir primero en el tiempo con el lleno de los requisitos de ley y por nunca haber sido disuelto, liquidado o si quiera haber operado la separación de cuerpos entre los cónyuges, en consecuencia, argumentó que el matrimonio celebrado entre el señor ESPAÑA y AMINTA CRUZ VALENCIA carece de validez, dado que a pesar de haber contraído matrimonio en otro país, el cónyuge tenía un vínculo matrimonial vigente con la interviniente excluyente, vínculo que era conocido por la demandante primigenia. Ahora bien, aseveró que la señora AMINTA CRUZ VALENCIA tampoco acreditó la calidad de compañera permanente del causante, en la medida en que no probó la convivencia mínima de cinco años anteriores a su fallecimiento, tal como lo afirmó en el interrogatorio al afirmar que para esa data no vivía en el país. Aclaró que a pesar de que se encontró que MARÍA TERESA RODRÍGUEZ vivía en España y que no acompañó al causante en sus últimos años de vida, se acreditó su calidad de cónyuge y la convivencia mínima de cinco años durante el vínculo matrimonial, tal como lo declaró el hermano del Señor ESPAÑA.

Con relación a la demandada MARÍA RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, arguyó que no encontró prueba alguna a su favor para demostrar que convivió con el causante durante los cinco años anteriores a su fallecimiento.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que las acciones relacionadas con derechos laborales y de seguridad social prescriben a los tres (3) años contados a partir de su exigibilidad, por tanto, recordó que la interviniente elevó la solicitud de reconocimiento de sustitución pensional el 06 de octubre de 2014 y presentó la demanda el 04 de septiembre de 2018, en consecuencia, declaró prescritas las mesadas pensionales anteriores al 04 de septiembre de 2015. Por último, explicó que no procede la condena al pago de intereses moratorios porque COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión por existir controversia sobre la beneficiaria, situación que solo podía ser resuelta por la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la interviniente excluyente, señora MARÍA TERESA ORJUELA DE ESPAÑA, presentó recurso de apelación parcial, con relación al pago de los intereses moratorios, argumentando que si bien es cierto existió una controversia en torno a la beneficiaria de la prestación se debe tener en cuenta que desde el momento de la presentación de la solicitud, la interviniente ya ostentaba el derecho y los intereses están llamados a prosperar por esas mesadas que fueron dejadas de percibir aun cuando tenía derecho. Agregó que según la jurisprudencia, los intereses moratorios deben ser reconocidos siempre que se tenga el derecho sobre la prestación y no se haya pagado, tal como sucedió con la interviniente.

Por su parte, la apoderada judicial de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque en su totalidad el fallo proferido, para lo cual argumentó que la interviniente no tenía derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente porque no cumplió con los requisitos establecidos en la ley para tal efecto. Agregó que no se configuró el derecho al pago del retroactivo, ni a los ajustes concedidos, en consecuencia, solicitó no ser condenada a su pago.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte accionada COLPENSIONES presentó alegaciones en similares términos a los de la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar, si a las señoras MARÍA TERESA ORJUELA, MARÍA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ y AMINTA CRUZ VALENCIA, les asiste derecho a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de GUILLERMO ESPAÑA BOCANEGRA. De resultar ello procedente, se definirá en qué términos y con cual alcance se impartirá la condena.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico, debe advertirse que se acreditó que el causante GUILLERMO ESPAÑA falleció el 26 de noviembre de 2007, según se evidencia en el Registro Civil de Defunción visto a folio 125, además debe advertirse que no fue objeto de controversia, que el antes citado detentaba la calidad de afiliado a la fecha de su muerte y que por virtud de tal insuceso, el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 016818 del 28 de abril de 2008, concedió pensión de sobrevivientes a CARLOS ENRIQUE ESPAÑA CRUZ, en calidad de hijo beneficiario del causante. de igual modo, mediante Resolución GNR 66707 del 09 de marzo de 2015 COLPENSIONES negó la sustitución pensional a las señoras MARIA TERESA ORJUELA, MARÍA RODRIGUEZ RODRIGEZ y AMINTA CRUZ VALENCIA, dejando en suspenso tal reconocimiento (Fls. 10 a 13). Lo anterior, pone de presente que se dejó configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes por parte del causante.

Así las cosas, para determinar si las señoras ORJUELA, RODRIGUEZ y CRUZ tienen derecho al reconocimiento y pago de la prestación por sobrevivencia, específicamente en lo que refiere a la convivencia, el estudio debe realizarse según los requisitos exigidos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 (publicada en el Diario Oficial No. 45.079 del 29 de enero de 2003), por ser esta normativa la vigente al momento del fallecimiento del causante.
La aludida norma contempla, para lo que interesa al presente proceso, que tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el grupo familiar del pensionado por vejez o afiliado que fallezca por riesgo común, de lo que se colige que el caso del causante se ubica en éste supuesto, por lo que se considera que dejó causado el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con lo cual el asunto a decidir se centra en la demostración de la convivencia efectiva con el causante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que exige, tanto para el cónyuge como para el compañero supérstite acreditar un tiempo de convivencia no inferior a 5 años anteriores a la muerte de la asegurada o pensionada fallecida, así como también exige que los beneficiarios a la fecha del deceso tengan 30 o más años de edad.

No obstante lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL1730-2020 del tres (3) de junio de dos mil veinte (2020), fijó «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, <u>solo es exigible en caso de muerte del pensionado</u>», para lo cual, morigeró igualmente el rigorismo en el sentido de precisar que «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».

Advirtió igualmente el Alto Tribunal, lo siguiente:

> «…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 (…)

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.

(…)
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.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte,

> circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto». [Resaltados fuera del texto].

En este orden de ideas, para ser considerado beneficiario de la prestación por sobrevivencia, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite respecto del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, sino que debe acreditarse tal calidad y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, sin que haya lugar a efectuarse distinción alguna entre el tipo de beneficiarios, acreditándose en todo caso, también la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, toda vez que sólo ante la demostración del perjuicio que causa la ausencia del pensionado o afiliado fallecido, puede colegirse que su muerte le ha generado la carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención (sentencia SL 11536 de 2017).

De conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales expuestos, se procede a analizar el acervo probatorio, para lo cual indica la Sala que la demandante AMINTA CRUZ VALENCIA aportó las declaraciones extraprocesales de CABRERA FERIA ANA RAQUEL (fl. 14), MARIA ARGENIS SUAREZ FLORIAN (fl. 15) y CECILIA CRUZ VALENCIA (fl. 17), quienes manifestaron conocer el matrimonio entre la demandante y el causante, su convivencia de manera permanente e ininterrumpida desde febrero de 1980 hasta el 26 de noviembre de 2007, asimismo que aquellos procrearon un hijo y que la demandante dependía económicamente del Señor ESPAÑA. A la vez, se agregó formulario de afiliación al sistema de salud del ISS, de fecha 20 de noviembre de 2007, donde figuran como afiliados el mencionado hijo del causante y su madre, la hoy demandante (fl.18). Así mismo, se aportaron varias fotografías donde, al parecer, figuran el causante acompañado por la demandante a e hijo (fls. 19 a 27). Así mismo, en el expediente administrativo aportado al proceso se pudo evidenciar registro civil del matrimonio celebrado entre el causante y la señora AMINTA CRUZ VALENCIA en el vecino país de Venezuela el 26 de junio de 1980, con fecha de inscripción 27 de junio de 2008. Aunado a lo anterior, se advierte a folio 171 certificado de SERFUNCOOP Los Olivos en el cual, se indica que el causante era beneficiario del plan exequial de la demandante de la señora Cruz Valencia, y a folio 172 aparece copia del carnet del ISS-salud, del causante en calidad de cotizante y AMINTA CRUZ como beneficiaria del mismo, con fecha de inscripción 11 de mayo de 2019.

Ahora bien, la actora manifestó, no sólo en la declaración extra proceso obrante a folio 16, sino en el interrogatorio de parte surtido en el proceso, que convivió con el causante desde la fecha de la celebración de su matrimonio en 1980 hasta el 26 de noviembre de 2007, cuando falleció el señor ESPAÑA y que fruto de su unión nació un hijo, CARLOS ENRIQUE ESPAÑA BOCANEGRA, mayor de 25 años. Indicó que el matrimonio fue en Venezuela porque el causante estaba casado en Colombia, pero que no eran residentes de ese país, viajaron solo a casarse. Que no conocía a la esposa del Sr. Guillermo España Bocanegra, pero sabía que estaba casado con María Teresa Orjuela, y por eso se casaron en Venezuela. Que convivió con el causante desde 1980 hasta 1989 en Villanueva, Guajira y luego en Valledupar - Cesar, donde nació su hijo. Adujo que el causante murió en Ibagué el 26 de noviembre de 2007, a causa de cáncer en el pulmón y el riñón; indicando que quién lo atendió durante esa enfermedad era la familia, hermanos y hermanas, porque en el 2007 ella viajó por un trabajo que consiguió y que, al volver, él ya estaba viviendo en el apartamento de la avenida 15 en Ibagué, que estaba a nombre del finado Guillermo España. Explicó que no, que el año que él falleció estuvo por fuera del país, en Canadá, de febrero a noviembre de 2007, sin recordar con exactitud el día que regresó, que creía que fue entre el 10 y 15 de noviembre; que antes de irse a Canadá, convivía con el causante en el Edificio España de la Avenida 15 con 4ta de Ibagué, que cuando se fue en febrero de 2007 él ya estaba enfermo, pero que no sabían qué era y que como estaban en una mala situación se fue en cuanto le dieron una oportunidad de trabajar en Canadá. Ante la pregunta de si el hijo en común, atendió a su padre en esa época de enfermedad, explicó que no, que Carlos Enrique se quedó con su mamá [la de la actora] y hermana porque podían atender todo lo relacionado con su estudio. Refirió igualmente, que quién se encargó del trámite de las honras fúnebres y exequias del causante, fue la familia de él, precisando ante el cuestionamiento del porqué no se encargó ella misma de eso, siendo la esposa, que todo lo manejaba el cuñado y él era quien cubría los gastos.

Explicó igualmente, que nunca hubo interrupción en la convivencia, salvo cuando se fue. Dijo en el año anterior a su viaje a Canadá fue al médico con el causante; de igual modo, afirmó que le enviaba cierto dinero a través de su hijo a pesar de que no era mucho, por medio de una cuenta de ahorros de su hijo, y él le llevaba a su padre, dinero que no era mucho. Admitió que el causante, tuvo dos hijos más anteriores a su matrimonio, aspecto este de relevancia si en cuenta se tiene que en la declaración extra proceso, mencionó con relación al causante que «no hubo hijos adoptivos, ni por reconocer, por esta razón no conozco persona con igual o mayor derecho a reclamar que mi hijo y yo».

Por su parte, la señora MARÍA TERESA ORJUELA DE ESPAÑA acreditó la calidad de cónyuge supérstite del causante, según registro civil de matrimonio obrante a folio 166, según el cual contrajo matrimonio por el rito católico con el causante el 25 de noviembre de 1972. De igual modo se aportó copia del Registro Civil Central del Ministerio de Justicia de España, donde se registró de dicho matrimonio junto con el Libro de Familia de la misma entidad (fls. 154 y 157). De igual modo, se adosó declaración rendida por el causante el 09 de marzo de 2004 ante la Notaría 3a de Ibagué en la cual autorizaba a la señora MARÍA TERESA ORJUELA a adelantar los trámites relativos a su nacionalidad española (fl. 159).

Adicionalmente, se agregó al expediente escritura pública N° 3398 del 11 de noviembre de 2010 por medio de la cual se realizó la liquidación, partición y adjudicación de bienes en la sucesión intestada y liquidación de la sociedad conyugal de GUILERMO ESPAÑA, a favor de la Señora MARÍA TERESA ORJUELA y GUILLERMO ESPAÑA ORJUELA, quienes adquirieron los derechos hereditarios de CARLOS ENRIQUE ESPAÑA CRUZ (fls. 137 a 148).

De otro lado, la interviniente, MARÍA TERESA ORJUELA, expuso tanto en la declaración extra proceso obrante a folio 160, como en el interrogatorio de parte surtido en el proceso, que contrajo matrimonio con el causante el 25 de noviembre de 1972, unión de la cual se procrearon dos hijos, Alexander España y Guillermo España, agregó que fue un matrimonio vigente hasta que él falleció y que en 1999 viajó a España porque tenían el deseo de mejorar su situación y la de sus hijos, no obstante siguió viajando a Colombia y que mientras estuvo allí el causante le ayudaba para que pudiera visitarlo, quien además viajó en el 2000, en el 2001, en el 2002 y en 2003, que luego no pudo volver porque habían acordado que ella iba a pedir la nacionalidad para que él se pudiera ir legalmente y que así ocurrió porque le llegó la nacionalidad en el 2007 pero que no pudo irse por la enfermedad. Que no conoció a la señora Aminta Cruz Valencia y sobre el hijo que ella concibió con el causante, afirmó que su esposo le había contado cuando el menor tenía más o menos 5 años. Aclaró que estuvieron juntos, viéndose hasta el 1999, año en el que se fue, que ya después pudo llevar a sus hijos porque el causante decía que primero ahorraban para llevar a uno y luego al otro. Refirió que cuando vino en el 2003, el causante le dijo que él no quería irse sin los papeles y menos quería dejar solo el apartamento del barrio España. Mencionó que en la época de enfermedad del causante no tuvo la oportunidad de acompañarlo y atenderlo porque le entregaron la nacionalidad, en el 2005 o en el 2006, y que no podía cubrir los gastos de viaje de sus hijos y los suyos pero que aquellos sí estuvieron con su papá; pero que ella viajó al año porque fue cuando inició los trámites de la pensión de su esposo en España, donde le

dijeron que debían esperar unos documentos de Colombia pero que como nunca llegaron entonces viajó a Colombia para ir personalmente al ISS, argumentó que no viajó antes porque no podía perder el trabajo y porque no era lo mismo viajar sin que su esposo estuviera. De igual expuso que el causante vivió en Valledupar porque era socio de una joyería que su padrino de matrimonio tenía allí pero que él mantenía viajando a diferentes lugares, pero que no fue mucho tiempo porque se quebró la joyería. Frente al interrogante de si tuvo alguna interrupción en su convivencia con el Sr. España, manifestó que siempre se hablaron y que cuando se fue a España viajaba muy seguido con su ayuda para poder verlo; y en cuanto al hecho de no regresar y hacerse cargo de los cuidados de su esposo al momento en que presentaba quebrantos de salud, expresó que no lo hizo porque cuando hablaba con él y con su hermano le decían que no se preocupara que eso era pasajero, que ella pensaba que la enfermedad no era avanzada pero que su deseo siempre fue acompañarlo. Que los gastos de donde vivía el causante estaban a cargo de él mismo, que quién atendió a su esposo en su enfermedad fueron el hermano y la hermana, quienes contrataron a una enfermera que contrataron, llamada Alma Vásquez y su hijo fallecido, que ella no vino a cuidarlo porque estaba sacando la nacionalidad y debía estar allá, pese a que previamente ya había indicado que la había obtenido en el 2005, empero esta vez, manifestó que ya estaba trabajando y él ya no podía ayudarle como antes dado que debía comprar medicinas, además el causante le decía que no era importante ni grave lo que padecía.

Ahora bien, en el curso del presente proceso se recaudaron los siguientes testimonios:

ANTONIO ESPAÑA BOCANEGRA, hermano del causante, quien manifestó conocer como única esposa de su hermano, a la señora MARÍA TERESA ORJUELA, quien se fue para España en el año 2000 pero mantenía su relación con el causante por medio de llamadas y viajes constantes a Colombia. Que conoció a la señora AMINTA CRUZ VALENCIA porque de casualidad una vez la encontró en compañía de su hermano, empero no le consta si contrajeron matrimonio y tampoco compartió con ella celebración familiar alguna. Agregó que se enteró de que su hermano tuvo un hijo con la Señora CRUZ, años después del nacimiento de aquel y que su hermano le proporcionaba un dinero al menor para ayudarlo con sus gastos. Que la última residencia de su hermano fue en el Edificio España en Ibagué y que aquel vivió en Valledupar durante un tiempo por cuestiones de negocios. Que él junto con su hermana y una enfermera que contrataron fueron quienes acompañaron y cuidaron al causante durante su enfermedad, puesto que la Señora ORJUELA pese a estar al tanto de su estado de salud, no podía viajar dado que se encontraba tramitando la nacionalidad con la finalidad de que el Señor ESPAÑA pudiera cumplir su sueño de irse a vivir a España.

Por su parte la testigo ALBA VAZQUEZ VASQUEZ, manifestó que fue la enfermera del señor ESPAÑA desde el 2006 hasta su fallecimiento, de allí que conoció a MARÍA TERESA ORJUELA como la esposa de aquel. Que la Señora ORJUELA llamaba todos los días para hablar con el Señor España y estaba al pendiente de su salud, no obstante, no pudo acompañarlo en medio de su enfermedad porque estaba adelantando los trámites para obtener la nacionalidad. Explicó que quienes iban a visitar al causante eran sus hermanas, su hermano, un cuñado, sus hijos, incluido el hijo que tuvo con la Señora AMINTA CRUZ, a quien no conoce y solo sabe que ella es madre de uno de los hijos del causante.

Dilucidado lo anterior, para la Sala del acervo probatorio antes mencionado y con apego a las reglas de la sana crítica, se encuentra plenamente acreditado en el plenario que, aunque las mencionadas señoras CURZ VALENCIA Y ORJUELA DE ESPAÑA, sí convivieron con el causante, no lo fue en la forma requerida por las disposiciones legales y alcances jurisprudenciales vigentes. En el caso de la señora ORJUELA está clarificado en el plenario que contrajo matrimonio con el causante en el mes de noviembre del año 1972 tal como se corroboró con la prueba documental y el propio dicho de la señora Orjuela, pero ya después de varios años, para 1999, no es posible hablar de una convivencia continua y especialmente, en esa eventualidad, de la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia al momento del fallecimiento del causante, todo lo contrario, desde el año 1999 dejaron la convivencia cuando según el propio dicho de la interviniente, decidió irse al país de España, y si bien indicó que el causante fue en tres o cuatro oportunidades, entre los años 2.000 y 2.003, no existe evidencia alguna sobre ese particular, pues los documentos obrantes de folios 135 y 136, no permiten deducir que los sellos de inmigración en las hojas de pasaporte que allí se muestran correspondan efectivamente al afiliado causante. En gracia de discusión, si ello fuese así, tampoco habría lugar concluir, conforme al alcance jurisprudencial antedicho que la mencionada señora se encontraba haciendo vida marital al momento del fallecimiento del actora, pues según las pruebas reseñadas, por lo menos desde el año 2003, tomando como base incluso el dicho de la interviniente, evidenciando la Sala que se rompió ese vínculo moral, solidario y con vocación de permanencia del afiliado con respecto a la accionante; por lo que, si bien es claro que convivieron como está acreditado, a juicio de la Sala, por espacio de casi 30 años, no es menos cierto la orfandad probatoria que permita dilucidar que después de ello, se haya mantenido entre ella y el causante ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, que es el presupuesto que busca atender esta prestación por los efectos que causa la ausencia del fallecido en la persona que lo pierde, pues de ello nada se probó, todo lo contrario, no sólo de su propio dicho pudo extraerse que sólo convivió

con el causante hasta el año 1999, sino con lo dicho por los testimonios recaudados, que también fueron contestes en indicar la separación de la pareja una vez la señora Orjuela decidió irse a otro país, quedando el cuidado del causante al momento de enfermarse, a merced de sus hermanos, quienes incluso contrataron una enfermera para tal efecto, inclusive, se evidenció que regresó a Colombia un año después del fallecimiento del causante.

Aunado a lo anterior, incurrió la interviniente en serias contradicciones al momento de rendir su interrogatorio, especialmente en lo que atiende a las dudas relacionadas con el hecho de no estar al cuidado de su esposo una vez se enfermó, indicando inicialmente que se debía al hecho de estar tramitando su ciudadanía española, lo cual mencionó en otro aparte, había efectuado dos años antes de enfermar y fallecer el causante (2005), empero por otro lado dijo que se debía al trabajo, hecho este que igualmente pone en duda la credibilidad de los testigos arrimados, quienes también indicaron que la ausencia en ese espacio de tiempo se debía que la señora Orjuela estaba realizando dicho trámite. Si bien se aportaron documentos que indican que el actor eventualmente pretendía también adquirir la nacionalidad española, ello en modo alguno suple el requisito de convivencia en los términos antes expuestos, específicamente que esta se hubiera dado para la época del fallecimiento, pues aquel tenía la calidad de afiliado en construcción de la pensión de vejez. En todo caso, debe precisarse, de haber mediado algún tipo de acercamiento familiar, este se dio como es apenas lógico porque el mismo se correspondía con la obligación filial-moral del causante por la existencia de unos hijos en común.

Por la misma senda se encaminan las pruebas con relación a la señora demandante, toda vez que, para esta Colegiatura, tampoco se encuentra plenamente acreditado en el plenario que esta sí convivió en los términos legales y jurisprudenciales antes explicados, esto es, hasta el momento en que falleció el señor GUILLERMO ESPAÑA. En efecto, las pruebas recaudadas permiten concluir que si bien la pareja pudo haber convivido en algún momento, incluso procreando un hijo, no estuvo haciendo vida marital en el último tiempo de vida del causante, pues así mismo lo relata la actora tras indicar que quién lo atendió durante la enfermedad fue la familia, hermanos y hermanas, pues ella, para esa anualidad también se encontraba por fuera del país, en el País de Canadá y cuando volvió lo encontró en otro apartamento, llamando la atención para la Sala que la pareja tenía un hijo, pero este ni siquiera convivía con su padre, sino con la madre de la actora, pues ésta indicó que al irse a Canadá fue con ella con quien se quedó y no con su padre, quien vivía solo. Además, no puede pasarse por alto que la actora en evidente contradicción, manifestó mediante declaración extra proceso que el causante no tenía

más hijos, luego en el interrogatorio manifestó que sí tenía conocimiento de dos hijos adicionales al suyo. Ahora, aunque también se manifestó que tenía la calidad de esposa en virtud del matrimonio de carácter civil celebrado en el vecino país de Venezuela el 26 de junio de 1980, pero sólo registrado el 27 de junio de 2008, esto es, posterior al deceso del causante, por lo que el mismo nunca tuvo validez alguna, recuérdese que el matrimonio celebrado en el extranjero, sólo adquiere validez en Colombia a partir de su Registro Civil (art. 67 Decreto 1260 de 1970). En todo caso tal aspecto resulta irrelevante en el caso que nos ocupa, en la medida que, para el caso de los afiliados, en el mismo plano de igualdad, tanto para la compañera permanente como para la cónyuge supérstite, no se requiere tiempo mínimo de convivencia.

Así las cosas, como las señoras CRUZ VALENCIA y ORJUELA DE ESPAÑA, así como la señora MARÍA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, frente a la que no obra prueba alguna, no demostraron la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia al momento de su fallecimiento, no se da cumplimiento al presupuesto contenido en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para obtener la prestación por sobrevivencia en calidad de cónyuge supérstite. En atención a lo anterior, concluye la Corporación que el requisito fundamental para el reconocimiento de la prestación objeto de estudio, es la demostración de la convivencia real y efectiva y el perjuicio ocasionado por la ausencia del pensionado o asegurado fallecido, resaltándose que lo relevante no es la naturaleza jurídica del vínculo que haya unido a la pareja, sino que lo primordial son los lazos afectivos que se observaron en ella durante la vida del causante y al momento de la muerte. Aspectos que evidentemente no se vislumbran en el caso de marras respecto de las mencionadas señoras, pues es claro que esos vínculos no perduraron incluso después de la separación, en uno y otro caso, tal como da cuenta la prueba recaudada, esto es, el vínculo dinámico y actuante de solidaridad, acompañamiento espiritual y económico hasta el deceso del afiliado.

En consecuencia, se revocaran los ordinales primero, segundo y tercero de la decisión de primer grado, por haber arribado el a quo a disímiles conclusiones. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia correrán a cargo de las señoras AMINTA CRUZ VALENCIA Y MARÍA TERESA ORJUELA DE ESPAÑA.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR LOS ORDINALES PRIMERO, SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia objeto de estudio, para en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en el presente litigio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL SÉPTIMO en el sentido de precisar que las costas procesales corren a cargo de las señoras AMINTA CRUZ VALENCIA Y MARÍA TERESA ORJUELA.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de EDISSON NUÑEZ CALDERON contra NEIRA IMPRESIONES SAS. Rad. 110013105-023-2019-00566-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, respecto de la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, en los términos dispuestos por el art. 69 del CPTSS.

ANTECEDENTES

El señor EDISSON NUÑEZ CALDERON, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria contra NEIRA IMPRESIONES SAS, a fin de que se declare la existencia de la relación y contrato laboral a término indefinido entre las partes, vínculo laboral que tuvo vigencia del 26 de marzo de 2014 al 28 de julio de 2018. Así mismo, se declare la obligación por parte de la demandada a pagarle la suma de $1.233.640 por concepto de cesantías adeudadas del año 2017; el valor de $6.629.526 por concepto de sanción por no pago de cesantías; la suma de $14.814.126 por concepto de indemnización moratoria; la suma de $147.977 por concepto de intereses de cesantías. Por lo anterior, se ordene a la demandada a indexar y actualizar las respectivas cesantías hasta el momento que se verifique el pago, se condene al pago de lo ultra y extra petita y al pago de las costas procesales. Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que fue contratado inicialmente a término fijo, por la demandada y por un periodo inferior a un año el

día 26 de marzo de 2014, cuyo salario era de 900.000; a la fecha de terminación del contrato, el día 26 de marzo de 2014, fue contratado a término indefinido por el mismo empleador, desempeñando el cargo de prensista/barnizador UV, en virtud de este contrato, el empleador se comprometió a realizar el pago de cesantías en su favor, por lo que se consignaron a la AFP Protección, de acuerdo a su salario base de liquidación, para los años 2014 a 2016 en la subcuenta de corto plazo. Posteriormente, el 28 de julio de 2018 finalizó la relación laboral, razón por la cual indagó sobre sus cesantías, descubriendo que las relativas al año 2017 no fueron consignadas a la AFP Protección, pese a que en su liquidación se aseguró que si fueron allegadas a la AFP; así mismo, tampoco consignaron las cesantías adecuadas al año 2018, pagos que a la fecha no se han realizado (fls.04 a 10, 20 a 23).

CONTESTACION DE DEMANDA

Mediante auto del 04 de agosto de 2020, se tuvo por no contestada la demanda por haber sido presentada por fuera de los términos legales (Fl.56).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 22 de septiembre de 2020, declaró que entre las partes se verificó un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, con vigencia a partir del 26 de marzo de 2014 al 28 de julio de 2018, desempeñando el demandante el cargo de barnizador UV y devengando como último sueldo básico mensual, la suma de $1.166.880. Condenó a la demandada al reconocimiento y pago a favor del demandante, de $1.144.000 por concepto de cesantías; $137.280 por concepto de intereses legales de cesantías; $6.215.733 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías del año 2017; a la suma de $38.133,33 diarios por sanción moratoria del artículo 65 del CST, a partir del 29 de julio de 2018 hasta el 28 de julio de 2020 y de ahí en adelante el pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, certificados por la Superintendencia Financiera, a partir del 29 de julio de 2020 y hasta cuando se efectúe el pago de las cesantías adeudadas del año 2017, suma que deberá ser debidamente indexada desde su exigibilidad y hasta el momento de su pago. Finalmente, condenó a la demandada al pago de costas procesales.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que cuando el empleado aduce el no pago de sus prestaciones sociales por parte del empleador, es a este último al que le corresponde probar su respectivo pago, ello por cuanto se trata de

una negación definida, no requiere comprobar y se traslada la carga probatoria al empleador para desvirtuar su incumplimiento. Señaló que los extremos de la relación laboral fueron entre el 26 de marzo de 2014 al 28 de julio de 2018, siendo claro que se causaron a favor del trabajador las cesantías del año 2017 y teniendo en cuenta que la demandada no acreditó el pago para dicho periodo, de acuerdo a las pruebas obrantes dentro del proceso por este concepto, había lugar a su pago, así como de sus intereses. En cuanto a la indemnización moratoria, indicó que esta no era automática, por lo que el juzgador debe ponderar el comportamiento y las razones aducidas por el empleador ante tal incumplimiento y si demuestra plenamente que actuó de buena fe, excepcionalmente se exonerará de la misma cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia. Por lo anterior y teniendo en cuenta que la demandada no acreditó el pago de las cesantías del año 2017 y aunque el representante manifestó que la empresa venía atravesando una situación económica difícil, por lo que se le olvidó cancelar las cesantías causadas para el periodo reclamado, pero que al momento en que se percata de dicho evento procedió a consignarlas, allegando al plenario un comprobante de pago, con fecha del 31 de julio de 2018 y por un valor de $1.238.908; empero, en este comprobante no se visualizó el nombre del trabajador o beneficiario de la consignación, motivo por el cual, precisó que se remitió a la contestación del Fondo que mantiene las cesantías del trabajador, AFP Protección y en este resultó evidente el no pago a la fecha de las cesantías relativas al año 2017 y tampoco hay prueba que se haya girado al demandante el valor por dichas cesantías; razón por la cual y al no haber demostrado justificación alguna contemplada en la Ley por la empresa demandada, el Despacho procedió a imponer la sanción moratoria. Igualmente, la condenó a la sanción moratoria por el no pago de cesantías a un Fondo ya que al no haber prueba de la consignación de las cesantías efectuadas al demandante por la empresa empleadora o que exista certificación de que la misma haya cumplido con dicha obligación.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso apelación y solicitando se revoque la totalidad de la sentencia proferida por el a quo pues consideró que, dentro del proceso se presentaron una serie de irregularidades procesales que afectaron a la parte demandada ya que terminó en una sentencia adversa para la empresa, incluso se presumió de la mala fe; todo esto a partir de valoraciones procesales indebidas y erróneas, tampoco se tuvo en cuenta eventos particulares como los documentos que se aportaron al expediente e incluso la

misma conducta de la parte demandante. Por lo anterior, argumentó que, si bien se aceptaron y decretaron la práctica de algunas pruebas, no se permitió que la demandada hiciera una defensa técnica, lo cual concluyó en una condena de primera instancia en la que se dejó en evidencia y erróneamente la mala fe del empleador. Además, cuestionó el apoderado el por qué se dio por no contestada la demanda cuando aún no habían transcurrido 10 días, también se mencionó que es representante de unas personas de las cuales no es; por otro lado, si figura claramente su nombre y dentro del expediente se encuentra la admisión de la contestación de la demanda. Así mismo, el reporte de actualización de los estados de los procesos figura que se dio por contestada la demanda y teniendo en cuanta los términos si se contestó dentro de la oportunidad procesal pertinente, por el contrario, esto pone a la demandada una carga que la pone en una situación de desventaja. A continuación, señaló que a su juicio se presentaron una serie de irregularidades por las que no se siguió adecuadamente el trámite ni la conducta de las partes, para esto indicó que de manera casi automática se condenó a la demandada al pago de la sanción moratoria, imponiendo un gravamen a la accionada que no debe acarrear puesto que la misma reconoció y no contradijo que no consignó a tiempo, por un error humano las cesantías del año 2017, conducta que debe ser tenida en cuenta para sustraer que no procedió de mala fe ya que al momento de percatarse que no realizó dicha erogación, procedió hacer el respectivo pago, consignación que si bien tiene una falla administrativa pues no está claramente abonada a la cuenta del trabajador, no significa que no se haya hecho; razón por la cual, quedó desvirtuada la mala fe del empleador.

Añadió que, para la sanción moratoria la Corte Suprema de Justicia ha analizado que debe estudiarse la conducta del empleador, que la misma no sea fraudulenta y para el caso en concreto, se consignó a la cuenta individual del actor el monto por concepto de cesantías pues el error administrativo no conlleva a que el pago no se realizó. Además, el Fondo de cesantías tiene responsabilidad correlativa pues estos montos si fueron consignados y ello no fue controvertido en el proceso; aclarando que el abono si se realizó a la cuenta del trabajador. Igualmente, este dinero fue sacado del patrimonio del empleador y por lo tanto no lo retuvo a su favor o para su beneficio, sino que en su buena fe, lo abonó a la cuenta del trabajador y obró creyendo que le pagó al trabajador, caso contrario es que por el error administrativo no se tiene claro que fue cancelado; así mismo, es el Fondo de cesantías quien tiene a cargo la obligación de entregar el monto por concepto de cesantías y con sus respectivos rendimientos porque el pago si se efectuó y esto no fue controvertido en el proceso.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer si hay lugar al reconocimiento y pago de las cesantías correspondientes al año 2017 y a las sanciones contempladas en los artículos 99 de la Ley 50 de 90 y 65 del CST.

CONSIDERACIONES

Para abordar los anteriores problemas jurídicos, es preciso indicar en primer lugar que, como lo dispuso el Juez de primer grado, no fue objeto de reproche por ninguna de las partes la existencia de una relación laboral a término fijo la cual tuvo como fecha de inicio la calenda del 26 de marzo de 2014 y fecha de terminación la calenda del 28 de julio de 2018. Tampoco fue objeto de controversia el cargo desempeñado y salario devengado.

En lo que respecta al pago de las cesantías para el año 2017 a favor del actor, sostiene la parte accionada que sí fueron pagadas, pero ello no se hizo oportunamente en virtud de un error de tipo administrativo, indicando que lo hizo con posterioridad, no obstante, revisadas minuciosamente las pruebas aportadas legal y oportunamente al plenario, específicamente el documento obrante a folio 16 relacionadas con el extracto del fondo de cesantías PROTECCIÓN de fecha 31 de julio de 2019, que no fue controvertidos por la parte contraria, observa la Sala que efectivamente se tienen consignaciones por parte del empleador NEIRA IMPRESORES S.A.S., por los periodos 2014, 2015 y 2016; no obstante, no se evidencia consignado el correspondiente a las cesantías del periodo 2017, sin que sea posible derivar dicho pago del comprobante que obra a folio 52, pues no contiene información alguna relacionada con el accionante, con lo cual, resulta suficiente para confirmar dicha condena, pues resulta claro que este pago NO se sufragó por parte de la accionada.

Ahora bien, en lo que aduce el recurrente respecto a posible irregularidades en el trámite del proceso, especialmente con el hecho de haberse tenido por no contestada la demanda, debe decirse que no es esta la oportunidad para ventilarlas,

como quiera que ante tal acto guardó silencio en su oportunidad; y si en gracia de la discusión se admitieran tales manifestaciones, es evidente que no le asiste razón en la medida que la notificación personal del auto admisorio de la demanda se efectuó el 05 de noviembre de 2019 (fl. 39) y la contestación fue presentada hasta el 18 de diciembre de 2019 (fls. 40 a 45), evidentemente por fuera del término de los diez (10) días estipulados en las normas procesales (art. 391 CGP en concordancia con el art. 145 del CPTSS).

Ahora bien, en lo que refiere a las sanciones contempladas en los artículos 99 de la Ley 50 de 90 y 65 del CST; como es sabido, y lo ha decantado en abundante jurisprudencia el máximo órgano de cierre de esta especialidad, las indemnizaciones moratorias pedidas, tienen un carácter sancionatorio para castigar al empleador moroso en el pago sus obligaciones patronales a la culminación del contrato de trabajo y resarcir los perjuicios ocasionados por la mora; pero su imposición no procede de manera automática e inexorable ante el incumplimiento de pago, sino que se ha recabado sobre su carácter subjetivo que compele a hacer miramientos sobre la buena o mala fe en el proceder del empleador incumplido, de modo que este puede exonerarse de su fustigación, si comprueba que tuvo justificaciones atendibles que lo abstuvieron de realizar el pago de las prestaciones sociales o salarios insatisfechos, tal y como lo establecido la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 24397 del 13 de abril de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

Frente a ello, la Corporación no evidencia actuar que lleve a concluir que la parte demandada actuó de buena fe, no sólo por haber actuado con desidia en torno a abstenerse de contestar oportunamente la demanda en aras de ejercer debidamente su defensa, no aportando los elementos de juicio para demostrar, según su juicio de valor, el pago que ahora aduce haber realizado, sin que a la fecha haya pagado el valor objeto de debate, ello resulta suficiente para determinar la mala fe, pues incluso ni ante la interposición del presente proceso haya procedido a cancelarlo, inclusive, en el trámite del proceso el a quo le dio la oportunidad de presentar la prueba que adujo tener con relación al pago de dicho valores. De igual modo, debe indicarse que las situaciones económicas que se le presenten al empleador no pueden traer consecuencias negativas para el trabajador, de modo que lo alegado en torno a una crisis económica no resulta de recibo y en este caso no permite ubicarla dentro del terreno de la buena fe, y en consecuencia se tornan procedente las condenas por concepto de indemnización moratoria contempladas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST.

Por lo anterior, resultó acertada la imposición de condena por concepto de dichas indemnizaciones, razón por la que se confirmará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. - SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de JULIO ROBERTO DOMINGUEZ CORREDOR contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA, UNIVERSIDAD SAN BUENAVENTURA Y CORPORACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO EDUCATIVO –CIDE- Rad. 110013105-021-2019-00812-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por parte de las demandadas Colpensiones y Fundación Autónoma de Colombia contra la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de marzo de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor JULIO ROBERTO DOMINGUEZ CORREDOR, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la compatibilidad de la pensión gracia reconocida por la Caja Nacional de Previsión Nacional -CAJANAL (hoy UGPP)-, mediante Resolución del 17 de febrero de 2000 y las prestaciones sociales a cargo de COLPENSIONES; así mismo, se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de Colpensiones en los términos del Decreto 758 de 1990. Por otro lado, solicitó se declare que Colpensiones debe asumir de sus recursos propios los aportes en mora por el empleador Industrias Domínguez Limitada, por el periodo correspondiente del 01 de junio de 1988 al 31 de agosto de 1990. Igualmente, se declare que la Corporación Internacional para el Desarrollo Educativo –CIDE-, la Universidad San Buenaventura y la Fundación Universidad Autónoma de Colombia, en calidad de empleadores, no realizaron la afiliación y pago de aportes por los riesgos de invalidez, vejez y muerte al ISS, hoy Colpensiones. En el evento de no prosperar dichas pretensiones

declarativas, solicitó que se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de Colpensiones, de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó que se condene a la Universidad San Buenaventura al pago del cálculo actuarial o título pensional al que hubiere lugar, respecto de los aportes dejados de cotizar por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, correspondiente al periodo comprendido entre el 03 de febrero de 1998 hasta el 18 de noviembre de 2000, a órdenes y satisfacción de Colpensiones. Que se condene a la Fundación Universidad Autónoma de Colombia al pago del cálculo actuarial o título pensional al que hubiere lugar, de los aportes dejados de cotizar, correspondiente a los periodos comprendidos entre el 23 de Julio de 2001 y el 30 de agosto de 2001; del 01 de noviembre de 2001 al 10 de diciembre de 2001; del 04 de febrero de 2000 al 02 de julio de 2002; del 25 de julio de 2002 al 06 de diciembre de 2002; del 29 de enero de 2003 al 25 de junio de 2003, a órdenes y satisfacción de Colpensiones. Que se condene a la Corporación Internacional para el Desarrollo Educativo - CIDE al pago del cálculo actuarial o título pensional al que hubiere lugar, de los aportes dejados de cotizar por los riesgos de invalidez, vejez y muerte del trabajador Julio Roberto Domínguez Corredor, correspondiente al periodo comprendido entre el segundo semestre de 1979 y el primer semestre de 1981, a órdenes y satisfacción de Colpensiones. Por otro lado, se condene a que Colpensiones debe asumir de sus propios recursos los aportes en mora por el empleador Industrias Domínguez Limitada por el periodo del 01 de junio de 1988 hasta el 31 de agosto de 1990. En consecuencia, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago la pensión de vejez, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas que se causen, así como a lo ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató haber nacido el 22 de febrero de 1945 y ser afiliado por su empleador el 01 de agosto de 1970 al ISS, hoy COLPENSIONES. Que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 49 años de edad. Posteriormente, mediante Resolución 00293 del 17 de febrero del 2000, CAJANAL le reconoció Pensión de Jubilación Gracia, con efectividad a partir del 27 de marzo de 1999, por cumplir 29 años de servicio como docente; el 14 de septiembre del mismo año y mediante resolución, la Secretaría de Educación de Bogotá, le reconoció pensión vitalicia de jubilación por sus servicios prestados como docente, con efectividad a partir del 23 de febrero de 2000. Por otro lado, refirió haber laborado en la Corporación Internacional para el Desarrollo Educativo -CIDE, en el cargo de docente de hora cátedra para los periodos académicos II-79, I-80, II-80 y I-81; no obstante, esta corporación nunca realizó la afiliación al Sistema de seguridad social ni pagó los correspondientes aportes. Más adelante, desde el 03 de febrero de 1998 hasta el 18 de noviembre del 2000 prestó sus servicios a la Universidad San Buenaventura, desempeñando el cargo de profesor de la facultad de ingeniería mediante contrato por periodos académicos; sin embargo, esta institución omitió su afiliación y pago de aportes al Sistema de seguridad social. Adicionalmente, estuvo

vinculado a la Fundación Autónoma de Colombia, como profesor hora catedra, a través de un contrato a término fijo, desde el 23 de julio de 2001 hasta el 25 de junio de 2003; no obstante, durante la vigencia de este contrato, la institución sólo realizó los aportes al Sistema general de pensiones para el periodo de septiembre y octubre de 2001. De otro lado, indicó tener 1087,71 semanas de cotización en la historia laboral emitida por Colpensiones, reportándose mora en la misma en el periodo correspondiente al 01 de junio d 1988 hasta el 31 de agosto de 1990, con el empleador Industrias Domínguez que actualmente está liquidada; por ello, solicitó a Colpensiones la corrección de su historia laboral de los periodos en mora en los que los empleadores no realizaron ningún tipo de aporte para pensión, sin haber obtenido hasta el momento, alguna corrección ni algún tipo de acción de cobro en contra de los empleadores: Industrias Domínguez Limitada, CIDE, Universidad San Buenaventura y Fundación Universitaria Autónoma de Colombia. Finalmente, el 07 de marzo de 2019 solicitó pensión de vejez y mediante Resolución del 20 de junio de 2019 Colpensiones le negó el reconocimiento de la pensión pues consideró que la pensión de jubilación de gracia reconocida por la CAJANAL es incompatible con la prestación de vejez cargo de Colpensiones, por esta razón interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la decisión que le negó el reconocimiento pensional; no obstante, fueron confirmadas a plenitud (fls. 03 a 09 y 115 a 119).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA contestó la demanda con oposición pretensiones de la demanda dirigidas en su contra, para ello argumentó que, no ha habido cobro y/o requerimiento alguno por parte de Colpensiones a la Universidad de San Buenaventura, sede Bogotá; así mismo, indicó que de condenarse a una parte en este caso, se debe tener en cuenta a aquella que tenga responsabilidad según su competencia, el reconocimiento de la pensión y obligaciones de cobro, pues esta entidad solo fue un empleador más en la historia laboral del demandante. Admitió la existencia del vínculo laboral, sin embargo, canceló al actor lo pertinente, sin que este le hubiese reportado o informado que no se le estaba descontando lo pertinente a Ley según lo que le correspondía como empleado. Como excepciones de fondo, propuso las de «buena fe de la Universidad de San Buenaventura», «compensación» y «genérica u excepción de fondo de oficio» (Fls.126 a 128).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, solicitando se le absuelva de las mismas, para ello argumentó que el demandante acreditó un total de 1,087 semanas cotizadas y a su vez se evidenciaron unas prestaciones económicas reconocidas, pensión de jubilación, por el Fondo Nacional del Magisterio y pensión gracia reconocida por la Caja Nacional de Previsión Social EICE en Liquidación, además pensión

de vejez reconocida por CAJANAL. Respecto a dichas prestaciones reconocidas sostuvo que la pensión de Gracia Reconocida por la CAJANAL es compatible con las prestaciones reconocidas por Colpensiones, no así la reconocida por jubilación, dado que conforme al artículo 128 de la Constitución Política nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Así mismo, estableció que, sin perjuicio de los requisitos para acceder a la pensión en el régimen de transición, todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión, en los casos de pensiones acobijadas por el régimen de transición del sector público reconocidas por el ISS se descontará del valor del bono los aportes realizados al ISS, antes de la fecha de traslado. Conforme a lo anterior, indicó no es posible acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, en razón a su incompatibilidad legal, además todos los aportes efectuados por los afiliados sirven de sustento para el financiamiento de las pensiones. Como excepciones de fondo, propuso las de «inexistencia del derecho reclamado», «cobro de lo no debido», «buena fe de Colpensiones», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno», «carencia de causa para demandar», «prescripción», compensación», «no procedencia al pago de costas e instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (CD Fl. 141).

Por su parte, la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, en su actividad económica de servicios educativos contrató al demandante mediante diferentes contratos a término fijo como profesor hora cátedra, de esta relación laboral esta entidad en su momento ha cumplido con su obligación de pago de cotizaciones por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social, acotando que sus actuaciones han sido precedidas de la buena fe. Como excepciones de fondo, propuso las de «indebida representación del demandante», «falta de causa para pedir», «buena fe» y «prescripción» (CD Fl.144).

Finalmente, la CORPORACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO EDUCATIVO –CIDE-, contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, considerando que la pretensión del demandante por el pago de la seguridad social en forma retroactiva por el periodo académico dentro de los ciclos de 1979 a 1981 mediante la aplicación del Decreto 3041/1966, no está llamada a prosperar por cuanto el contrato se basó en la modalidad de prestación de servicios, hora catedra y

para la época de los hechos, la modalidad de aportes al Sistema de seguridad social en personas independientes, estaba pendiente por reglamentar y por lo tanto esta institución no estaba obligada a exigir dicho pago a su contratista, hoy demandante. Aunado a lo anterior, al actor se le pagaba por hora catedra dictada, por lo que nunca estuvo 100% a disposición de esta corporación, quedando en libertad de ejercer distintas labores y para distintos empleadores ya que no existía ningún vinculo de exclusividad con esta institución. Señaló que a partir de 1988, existe reglamentación acerca de la afiliación a la seguridad social del servicio doméstico y a su vez claridad sobre la obligación de la Ley 100 de 1993 sobre la afiliación y cotización al Sistema de seguridad social integral; no obstante la Ley 11 de 1988 quedó supeditada a que el ISS hiciera el llamamiento y realizaran los estudios pertinentes para la ampliación de cobertura de los seguros sociales a otros grupos de población; empero, debido a que dicha reglamentación no se llevó a cabo realizar antes de la Ley 797/2003 los aportes de seguridad social, quedando la obligación para el empleador de cotizar a partir de un SMLMV, sin quedar tampoco establecido acerca de la afiliación a la seguridad social de los trabajadores que devengaran menos de un SMLMV. Por lo tanto, quedó imposibilitada la demandada cotizar con el SMLMV pues no estaba a su cargo dicha obligación. Finalmente, en el evento de no ser acogidos dichos argumentos, solicitó se declare la prescripción respecto a los procedimientos de la seguridad social. Como excepciones de fondo, propuso las de «prescripción», «inexistencia de la obligación», «inexistencia de la obligación por falta de regulación normativa», «cobro de lo no debido», «inexistencia del derecho, inexistencia del contrato de trabajo», «imposibilidad de cotizar por ausencia de la reglamentación» y «la genérica o innominada » (Fls.147 a 157).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 02 de marzo de 2021, el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a la Universidad de San Buenaventura a pagar el valor que resulte del cálculo actuarial elaborado y actualizado por Colpensiones, conforme a la liquidación que esta elabore a favor del demandante, teniendo en cuenta los salarios devengados por la entidad demandada por los periodos del 03 de febrero al 13 de junio de 1998, del 15 de julio al 14 de noviembre de 1998, del 01 al 17 de diciembre de 1998, del 01 de febrero al 12 de junio de 1999, del 16 de junio al 03 de julio de 1999, 12 de julio al 13 de noviembre de 1999, del 30 de noviembre hasta el 16 de diciembre de 1999, del 17 de enero al 31 de enero del 2000, desde el 01 de febrero hasta el 14 de junio del 2000, desde el 20 de junio hasta el 06 de julio del 2000 y desde el 24 de junio al 18 de julio del 2000. Por otro lado, condenó a la Fundación Autónoma de Colombia a pagar el valor que resulte del cálculo actuarial elaborado y actualizado por Colpensiones, conforme a la liquidación que esta elabore a favor del demandante, teniendo en cuenta los salarios devengados por la entidad demandada por los periodos del 23 de julio hasta el 10 de diciembre de 2001, desde el 04

de febrero hasta el 02 de julio de 2002, desde el 25 de julio al 06 de diciembre de 2002 y del 21 de enero al 25 de julio de 2003. Condenó a COLPENSIONES a realizar el cálculo actuarial por concepto de aportes para pensión de dichos periodos conforme al salario certificado por dichas universidades, a quienes condenó, para que en el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia aporten a Colpensiones toda la documentación necesaria para la certificación de los salarios devengados por el demandante.

De otro lado, se abstuvo de declarar el reconocimiento de la pensión de vejez hasta tanto no se efectúe el cálculo actuarial por parte de las demandadas Universidad de San Buenaventura y la Fundación Autónoma de Colombia, debiéndose realizar el correspondiente estudio pensional una vez se efectúe el pago del mismo, atendiendo la compatibilidad pensional. Declaró probadas las propuestas por el CIDE, absolviéndolo de las pretensiones incoadas en su contra. Por último, condenó en costas a las demandadas, Universidad de San Buenaventura y la Fundación Autónoma de Colombia.

Dicha decisión fue objeto de adición, en el sentido de ordenar a COLPENSIONES actualizar la historia laboral del demandante donde se incluyan los periodos en mora por parte del empleador, Industrias Domínguez Limitada, respecto de los periodos del 01 de julio de 1988 al 31 de agosto de 1990.

Para arribar a estas decisiones, en síntesis, indicó que conforme a la jurisprudencia constitucional y laboral, las empresas a pesar de no tener la obligación de cotizar, ya que la instauración del ISS sería paulatina, desde la Ley 90 de 1946 se impuso la obligación a los empleadores de hacer los aprovisionamientos necesarios para realizar las cotizaciones del sistema de seguridad social. De modo que era procedente para esos casos en que no hubo afiliación, y pese a no tener la obligación, era procedente el pago de un cálculo actuarial, el cual resulta imprescriptible, así mismo los aportes a pensión toda vez que forman parte del capital indispensable para el reconocimiento de la pensión, siendo de carácter vitalicia; del mismo modo, según la Corte Suprema de Justicia, el cálculo por cuanto está encaminado al financiamiento de la pensión de vejez del demandante y su naturaleza es de carácter vitalicio; por ende, es fundamental e irrenunciable el pago de los títulos pensionales; razón por la cual, declaró como no probada la excepción de prescripción. En ese orden de ideas, estimó para el caso del tiempo de servicios alegado con el CIDE, bajo el cargo de docente, en la modalidad de hora catedra y como contrato de trabajo, precisó no era procedente la condena por el pago de los aportes, puesto que la parte actora no acreditó que el vínculo entre las partes fue mediante contrato de trabajo, cuya naturaleza se derivara la obligación al empleador de afiliación al riesgo de vejez, sin que pudiera estudiar de la modalidad del contrato pues esto no fue objeto del litigio, estando la carga de la prueba en cabeza del demandante, quien no probó la naturaleza del mismo. En cuanto al contrato con la Universidad de San Buenaventura, conforme a la

prueba documental que se allegó, se certificó que el demandante estuvo vinculado a esta institución, mediante un contrato de trabajo de ejecución por labor determinada, contratos por periodos académicos, desde el 09 de febrero de 1998 desempeñó el cargo de docente de medio tiempo con la Facultad de ingeniería electrónica; a su vez, se certificó que el actor estuvo vinculado a esta institución, sin que se hubiere demostrado la afiliación ni el pago de aportes, tal como lo admitió dicha Universidad, de modo que era procedente el pago por los periodos que laboró en la institución con el correspondiente cálculo actuarial. Misma situación se predicó respecto de la Fundación Autónoma de Colombia, pues no observaron registros para el pago ni afiliaciones a nombre del actor, en los periodos antes mencionados. Aclarando que la Universidad Autónoma de Colombia realizó cotizaciones al ex trabajador para los ciclos de septiembre y octubre de 2001 sin que se registren aportes por el resto del tiempo laborado a dicha institución al Sistema de pensiones; debiendo pagar los aportes de todo el tiempo laborado por el demandante a través del cálculo actuarial, sin que pueda ser eximido de dicha obligación dada la situación financiera de dicha institución pues esto no puede ir en contra del interés del afiliado, teniendo en cuenta que involucra derechos fundamentales del mismo, máxime cando la exigibilidad de dicha obligación se hizo con anterioridad a las situaciones económicas que se ventilaron. Precisando que, para efectos de la liquidación del cálculo actuarial debe realizarse en los términos del Decreto 1887 de 1994, de conformidad con los salarios percibidos durante la relación laboral y certificados por las demandadas condenadas.

Respecto a la mora del empleador, Industrias Domínguez Limitada, durante el periodo comprendido entre el 01 de junio de 1998 y el 31 de agosto de 1990, indicó el Despacho que dentro del resumen de semanas cotizadas realizado por Colpensiones se observó la mora por parte del empleador para los periodos indicados en cabeza de Industrias Domínguez Limitada, los cuales no se tenían en cuenta para contabilizar el número de semanas cotizadas del demandante; para ello, señaló que para este caso no fue dable solicitar al demandante la acreditación de la relación laboral, toda vez que se registraron los periodos en mora por Colpensiones, lo que conllevaba a la afiliación del actor por parte de Industrias Domínguez Limitada. Para tal efecto, trajo a colación jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en las cuales se precisó que debe distinguirse conceptualmente la mora en el pago de aportes y la mora por la falta de afiliación al Sistema de pensiones ya que para ambas proceden causas y situaciones diferentes, de esta manera, las semanas en mora resultan válidas para el afiliado si la respectiva administradora de pensiones no acredita el ejercicio de las acciones de cobro, mientras que en el segundo evento procedería la acreditación de una relación laboral con ausencia de la institución para reubicar al trabajador a trasladar al respectivo Fondo un cálculo actuarial representativo de los periodos omitidos. En ese orden, señaló que en el caso bajo estudio se analizó una afiliación por parte del empleador con periodos en mora por parte del mismo, por lo que

Colpensiones debió validar estas semanas, sin que se haya demostrado acciones encaminadas al cobro correspondiente.

Respecto al reconocimiento pensional, indicó que el actor cumplió con el primer requisito de edad para ser beneficiario del régimen de transición, también que al 31 de julio de 2010 contó con un total de 1004 semanas, teniendo en cuenta las sumas del periodo de Industrias Domínguez Limitada, el periodo laborado durante los diferentes contratos con la Universidad de San Buenaventura y los periodos laborados a la Universidad Autónoma de Colombia que no correspondieron a periodos simultáneos; no obstante, mencionó que para el reconocimiento pensional era menester que primero se efectuase el pago del cálculo actuarial y pueda ser Colpensiones la entidad que pudiera determinar si el demandante con el pago de dicho cálculo, la pensión podía o no reconocerse conforme al régimen de transición o conforme a la Ley 100/1993; motivo por el cual, se abstuvo de determinar el reconocimiento pensional deprecado por el accionante. De igual forma, consideró que resultaban compatibles las prestaciones reconocidas por CAJANAJAL, pensión de gracia y de jubilación, con la pensión de vejez pretendida en este asunto, teniendo en cuenta que el demandante se encontró dentro de un grupo exceptuado y estipulado en la Ley 100 de 1993, por tener esa única especial condición de docente, donde pudo ejercer su oficio en el sector privado de manera paralela con el que desarrolló en el sector público y recibir una pensión del Fondo privado al cual se encontraba afiliado sin que ello pueda tener repercusión en una eventual pensión de jubilación, debido a que ambas pensiones son compatibles conforme a las condiciones de cada una de estas. En tal medida, concluyó que Colpensiones deberá hacer el respectivo estudio pensional, sin aducir razones de incompatibilidad para su rechazo. De igual modo, estudió la excepción de prescripción sobre la pensión solicitada por lo que refirió ser exigible desde el 01 de julio de 2017, que la solicitud de pensión se instauró el 07 de marzo de 2019 sin que ambas fechas transcurriera un término trianual, periodo que estuvo suspendido hasta la Resolución que resolvió el recurso de apelación, sin que transcurriera el término prescriptivo hasta la fecha de la radicación de la demanda, el 06 de diciembre de 2019; razón por la cual, se declaró como no probada la excepción de prescripción formulada por Colpensiones. Frente a los intereses moratorios, consideró el a quo que no hubo lugar a la imposición de una condena por esta concepto, en razón a que debe hacerse el pago del cálculo actuarial y de esta manera Colpensiones entre a estudiar la viabilidad o no de esta prestación para que determine si es o no beneficiario del régimen de transición y pueda pronunciarse.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión la apoderado judicial de la parte demandada COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación pues consideró que, la orden establecida por la juzgadora de primera instancia en cuanto a que Colpensiones no puede

alegar la incompatibilidad de las pensiones, pues el actor tiene una pensión reconocida por el Magisterio, la cual sería incompatible con cualquier prestación que llegara a ser estudiada una vez se efectúe el pago del cálculo actuarial, ello teniendo en cuenta el artículo 128 de la Constitución Política, el cual refiere que nadie podrá disfrutar simultáneamente de más de un empleo público ni percibir más de una asignación por cuenta del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo casos expresamente determinados por la Ley, como también lo contempla la Ley 4ª de 1992, por lo que jurídicamente no es procedente reconocer prestación alguna en razón a la incompatibilidad legal. En cuanto al allanamiento de la mora, indicó que de acuerdo al artículo 17 de la Ley 100 de 1993, es el empleador quien está en la obligación de efectuar las cotizaciones al Sistema y en el presente caso no se logra demostrar la existencia de una relación laboral para las fechas comprendidas entre 1988 a 1990 con la entidad Industrias Domínguez Limitada, sin probar en este sentido los extremos laborales que pudiera fijar el inicio y la terminación de la relación laboral, obligación que no está en cabeza de Colpensiones, por ende no ha de responder por dichos períodos. De modo que debe absolvérsele de las condenas impuestas.

Por su parte, el apoderado judicial de la Fundación Autónoma de Colombia interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, argumentando para tal efecto que el Decreto 758 de 1990 no es aplicable al caso por cuanto se trata de una pensión adquirida por el accionante por parte de CAJANAL, precisando al respecto que no se encuentra conforme con la decisión pues de dicha norma en ninguna parte habla de que si la pensión está a cargo del empleador o si por el contrario es a cargo de una entidad pública o privada, si quedan excluidos del seguro obligatorio de IVM, hipótesis en la que se encuadra el actor. Por otro lado, indicó que, si bien se le condena para que pague el cálculo actuarial por unos periodos de tiempo, no se estipuló el valor del salario por el cual deba hacerse dicho cálculo, pues su representada siempre aplicó aportes; por estas razones solicitó se revise el asunto y se le absuelva.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer inicialmente, (i) si hay lugar al pago del cálculo actuarial por el tiempo laborado y no cotizado en favor del demandante por parte de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia. De ser así, en qué términos.

(ii) De igual modo, determinar si Colpensiones debe tener en cuenta en la historia laboral del demandante los períodos correspondientes del 01 de julio de 1988 al 31 de agosto de 1990 como consecuencia de la mora por parte del empleador Industrias Domínguez Limitada, en el pago de los aportes a pensión. (iii) Finalmente estudiar si la pensión de vejez pretendida es compatible o no con las concedidas por CAJANAL y el MAGISTERIO en calidad docente oficial.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se tiene que no es objeto de controversia que entre el demandante y la Universidad San Buenaventura existieron diferentes contratos de trabajo en calidad de profesor hora cátedra, en los siguientes periodos: del 3 de febrero al 13 de junio de 1998; del 15 de julio al 14 de noviembre de 1998; del 1° al 7 de diciembre de 1998; desde el 10 de febrero hasta el 12 de junio de 1999; del 16 de junio a 3 de julio de 1999; del 12 de julio y el 13 de noviembre de 1999; desde el 30 de noviembre hasta el 16 de diciembre de 1999; del 17 de enero al 31 de enero de 2000; desde el 1° de febrero hasta el 14 de junio de 2000, desde el 20 de junio hasta el 06 de julio de 2000; y del 24 de julio al 18 de noviembre de 2000. Periodos frente los cuales no existió afiliación y se dispuso en la sentencia de primer grado su pago, a través de un cálculo actuarial a cargo de la referida Universidad San Buenaventura. De igual modo, tampoco existe discusión en esta sede judicial, que entre el actor y la Fundación Universidad Autónoma de Colombia existieron varios contratos de trabajo en calidad de profesor hora cátedra: desde el 23 de julio hasta el 10 de diciembre de 2001; desde el 04 de febrero hasta el 02 de julio de 2002; del 25 de julio al 06 de diciembre de 2002; y del 29 de enero al 25 de junio de 2003. Tiempos en los que tampoco existió afiliación al sistema de pensiones.

De igual modo, se encuentra probado en el expediente que el demandante disfruta de una pensión gracia de jubilación desde el 27 de marzo de 1999 y de pensión vitalicia de jubilación, desde el 23 de febrero de 2.000, tal como se extrae de las Resoluciones 002983 del 17 de febrero de 2.000 y 6833 del 31 de diciembre de 2010 expedidas por CAJANAL y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – Secretaría de Educación de Bogotá D.C. (fls. 13 a 18), lo anterior por haber prestado sus servicios al Estado como docente desde el 27 de marzo de 1979 hasta el 04 de abril de 2010.

CALCULO ACTUARIAL

Determinado lo anterior, es menester indicar por parte de esta Sala de Decisión, que previamente se debe hacer distinción entre las consecuencias jurídicas que se derivan por la mora en el pago de aportes y frente a la omisión de afiliación, por tratarse de situaciones diferentes con efectos jurídicos discrepantes, como pasa a explicarse.

Como lo ha reiterado insistentemente el órgano de cierre de la especialidad, en caso de no afiliación o afiliación tardía por parte de un empleador, ello apareja la obligatoriedad de que este último pague con destino a la entidad administradora a la que se encuentra afiliado el trabajador o aquella que escoja, el respectivo título pensional o cálculo actuarial, de conformidad con lo dispuesto por el 9º de la Ley 797 de 2003, dicho cálculo actuarial debe ser liquidado en la forma reglamentada por el Decreto 1887 de 1994, incluso, en pluralidad de pronunciamientos se puso de presente que a pesar que dicho traslado del capital a cargo del empleador omiso se estatuyó con la Ley 100 de 1993, ello no implica que no se haga extensivo inclusive a aquellas relaciones laborales que no se encontraran vigentes al 23 de diciembre de 1993 cuando se expidió dicha Ley, y ello se ha entendido así, en la medida que la obligación del empleador de responder por el tiempo que le ha servido un trabajador no es naciente con la Ley 100 de 1993, pues esta responsabilidad ha estado permeada en esencia desde la creación del Instituto de Seguros Sociales y el llamado a inscripción al sistema, razón por la cual, el propósito de las modificaciones legales y reglamentarias introducidas, entre otras, con el inciso 6 del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, y el Decreto 1887 de 1994, es regular la forma de computar esos tiempos laborados sin afiliación para que sirvan de financiación al derecho pensional a través del cálculo actuarial.

De igual forma, ha sido cuidadoso el Alto Tribunal de cierre de la especialidad, en precisar que esta situación dista del tratamiento que se da frente a la caso de la «mora»[1] en el pago de aportes, pues su único efecto común es que efectivamente con arreglo a lo previsto en los literales c) y d) del parágrafo 1) del artículo 33 de la 100 de 1993, en todo caso se debe endilgar a la entidad administradora el reconocimiento y pago de la pensión, aun tratándose de prestaciones derivadas de la aplicación del régimen de transición, pues con excepción de lo dispuesto por el tiempo, edad y monto que se gobierna por el régimen anterior, en todo lo demás, o sea la causación, el reconocimiento y demás condiciones y requisitos del derecho se rigen por la Ley 100 de 1993, esto, incluida la posibilidad de «recuperar los tiempos no cotizados, específicamente por alguna omisión en la afiliación del empleador».

Ahora bien, tanto en la sentencia SL-051-2018, como específicamente en la sentencia SL4388-2015, ha sido unánime la doctrina probable de la especialidad, en que insoslayablemente el reconocimiento pensional, deviene por efecto del pago del cálculo actuarial, o en sede judicial, de la declaratoria que haga el Juez Laboral del contrato de trabajo y consecuente orden impartida al empleador omiso del pago del título pensional, pues sólo así surge diáfana la obligación del empleador del traslado del cálculo actuarial, es decir, que en este escenario judicial no puede el Juez mantener en cabeza de la entidad

[1] CSJ SL-051-2018

la obligación de reconocer la prestación con inclusión de dichos tiempos, sin que al menos se condicione a la orden a caro del empleador de asumir los efectos económicos y actuariales del tiempo servido a través del título pensional, dicho de otra manera, razonó la citada Colegiatura, en el segundo de los pronunciamientos en cita que: «la Corte ha optado por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado, pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial a la respectiva entidad de seguridad social, que mantiene la obligación de reconocer las prestaciones correspondientes», y en esa misma dirección, acentúa la necesidad de que se haga la declaratoria del contrato y se imparta una orden expresa al empleador al indicar que «en anteriores oportunidades en las que se ha discutido la existencia del contrato de trabajo y se ha optado por declararlo, ante la realidad de que el trabajador no estuvo afiliado al sistema de pensiones durante la vigencia del vínculo laboral, se ha sostenido que la solución a dicha problemática es que la respectiva entidad de seguridad social tenga en cuenta el tiempo de servicios y recobre el valor de los aportes, mediante un título pensional».

Por lo dicho, es claro que en este caso, al estar determinado que las accionadas entidades de educación superior, Universidad San Buenaventura y Fundación Universidad Autónoma de Colombia, no afiliaron al actor al sistema de pensiones durante los períodos indicados en la sentencia de primer grado, les corresponde el pago de los mismos a través de la elaboración del cálculo actuarial, que corresponde hacerla a la entidad administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado el demandante con sujeción al Decreto 1887 de 1994, en armonía con el Decreto 3798 de 2003, pues si bien es cierto, dichas normas no establecen de manera puntual quien es el obligado a realizar la respectiva liquidación actuarial, no es menos cierto, que es el Fondo de Pensiones al que se encontrare afiliado el trabajador quien en ultimas aprueba la liquidación que eventualmente presente el empleador, razón por la cual, el órgano de cierre de la especialidad laboral, en sus decisiones, siempre ha ordenado el pago del respectivo calculo actuarial sin especificar de ante mano un monto, sino supeditándolo al valor que sea liquidado por la respectiva entidad administradora de pensiones, así por ejemplo, en sentencia SL1480-2018, se impartió por dicha Corporación en sentencia de instancia, la siguiente orden:

«Al pago de los aportes por concepto de pensiones conforme al cálculo actuarial que determine la entidad administradora de fondos de pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante, o se afiliare si no lo está.»

Frente al salario a tenerse en cuenta por parte de la AFP en aras de realizar el cálculo actuarial, corresponde el último salario devengado por el trabajador el que se debe tener en cuenta para tales efectos, advirtiéndose que en este caso se trató de varios contratos,

empero para el caso específico de la recurrente Universidad Autónoma de Colombia no es posible verificar el valor de los salarios para esos tiempos en deuda, como quiera que al plenario no se aportó medio probatorio alguno que diese cuenta cuáles eran los salarios, de modo que luce correcta la orden dada por la a quo en el sentido que el cálculo actuarial debe realizarse de conformidad con los salarios que certifique la universidad. En ese sentido se confirmarán esos puntuales aspectos de la sentencia.

MORA PATRONAL – IMPUTACIÓN DE APORTES

Ahora bien en lo que se refiere a la imputación de aportes en mora por parte del empleador, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera pacífica ha señalado que las administradoras, públicas y privadas, como elemento estructural del Sistema de Seguridad Social (Artículo 48 C.P.), deben cumplir las obligaciones legales, dentro de ellas, cobrar a los empleadores las cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque la obligación radica en el empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar, previamente, si las administradoras de pensiones adelantaron las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes, criterio jurisprudencial que ha sido reiterado en la sentencia radicada al No. 69294 del 2 de noviembre de 2016 (SL15980-2016).

Para la imputación de los pagos en mora, la parte actora debe acreditar la existencia de la relación laboral durante el periodo echado de menos en los aportes a pensión, pues es la naturaleza jurídica de la relación contractual la que genera la obligación del empleador en el pago de los mismos, conforme el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y las normas anteriores a su vigencia. Por lo tanto, debe acreditarse la existencia de la relación laboral, pues sólo ante su demostración, puede alegarse la omisión de la entidad de pensiones en realizar las respectivas acciones de cobro en los términos legales, pues tal situación también puede explicarse lógicamente en la falta de reporte de novedades, por lo que se reitera, para este efecto es indispensable demostrar el periodo laborado en virtud del cual se alega la omisión el pago de los aportes con destino al sistema general de pensiones, pues se insiste, el elemento relevante y diferenciador en éste tipo de procesos, según el entendimiento de la Sala, surge a partir de la demostración de la relación laboral por el periodo adeudado, pues éste aspecto es el que evidencia la obligación que da la génesis a la cotización y el que eventualmente puede demostrar un actuar negligente por parte de la entidad.

En el caso sub examine, debe anotarse preliminarmente que COPENSIONES no tiene en cuenta en la historia laboral las semanas correspondientes a los ciclos de junio de 1988 a agosto de 1990, dado que se registra mora por parte del empleador Industrias Domínguez Ltda. en los mismos (fls. 52 vto. y 60); advirtiéndose al respecto, que la relación laboral

con dicha sociedad en este caso NO se encuentra debidamente acreditada dentro del plenario, ya que la parte actora no demostró la existencia de la relación laboral por el periodo alegado en la demanda, pues al efecto ningún elemento probatorio permite arribar a esa conclusión con un alto grado de certeza.

Y, si bien a folios 73 y 74, ante la solicitud en vía administrativa que efectuó la parte actora, COLPENSIONES le indicó que en ese periodo se presentaba deuda con el empleador e iniciaría las acciones de cobro, aclaró que la deuda podía obedecer a errores en la información u omisión de novedades de retiro, por lo que de ello no es posible inferir que existiera vínculo laboral con el actor, máxime cuando dicho empleador afilió y pagó los aportes desde el 20 de abril de 1988 hasta el 31 de mayo de 1988, por lo tanto, los periodos restantes bien pudieron obedecer a una falta de reporte de la novedad de retiro, elemento de juicio que no permite determinar la existencia de una deuda probable con esa persona natural, es por ello que resulta necesaria la demostración de la relación laboral en esos tiempos o periodos, para así tener certeza de la obligación que se pretende acreditar.

En esas condiciones, no puede afirmarse la existencia de la relación laboral o afiliación a pensiones por el periodo alegado en la demanda, pues la parte actora no acreditó así sea sumariamente la existencia de la relación laboral por el periodo alegado en la demanda como de mora patronal. En este orden de ideas, ante la falta de demostración de la existencia de la relación laboral, concluye la Sala que no hay lugar a imputar los periodos alegados en la demanda, pues ante la falta de demostración de la relación laboral no puede serle atribuido a Colpensiones ningún acto negligente en procura de su cobro, razón por la que no hay lugar a tener en cuenta dichos aportes. De este modo, se revocará la orden dada en la adición de la sentencia en el sentido de ordenar su inclusión por parte de COLPENSIONES en la historia laboral del actor.

COMPATIBILIDAD PENSIONAL

Con la finalidad de dilucidar el tema de la incompatibilidad entre la prestación solicitada, que quedó sujeta al estudio por parte de COLPENSIONES, una vez se efectúen los pagos correspondientes al cálculo actuarial, y la pensión vitalicia de jubilación reconocida al demandante por parte del Magisterio, resulta necesario traer a colación la sentencia SL 451 de 2013 de la CSJ, pues allí se estudió la fuente de financiación de las prestaciones reconocidas, determinando que el pago de la pensión de jubilación oficial fue en virtud del tiempo público prestado en calidad de docente, pues en esa condición reconoce las prestaciones el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que le hubiera sido vedado ejercer otra actividad docente en educación privada, o como en el presente caso, haber acreditado tiempos distintos y anteriores con empleadores privados, por lo que la financiación de una y otra pensión son diferentes y en tal sentido no se puede evidenciar

incompatibilidad, pues así las cosas la fuente de pago resulta diametralmente distinta.

Además, se determinó que los dineros con que se financian las prestaciones en el RPM administrado hoy por COLPENSIONES, o sea los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores, y por lo tanto su naturaleza no es pública.

Adicionalmente la CSJ en reciente pronunciamiento, sentencia SL2655-2018 del 4 de julio de 2018, la Alta Corporación además de reiterar dicho criterio, señaló:

«En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluido del Sistema Integral de Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, al demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales aquí demandado...».

Criterio que se reiteró en la sentencia SL1257-2018 del 05 de marzo de 2019. Los anteriores pronunciamientos resultan más que suficientes para desestimar los argumentos planteados tanto por COLPENSIONES, como por el juez de primera instancia, en la medida que no existe duda alguna que entre la pensión de invalidez reconocida a la parte actora a través de las resoluciones No. 002983 del 17 de febrero de 2000 y la No. 6833 del 31 de diciembre de 2010 y la pensión de vejez aquí reclamada no existe incompatibilidad alguna, pues así ha sido suficientemente decantado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, acotando que la pensión a cargo del Magisterio en modo o tiempo alguno se encuentra financiada con aportes o con los tiempos de servicios cotizados al entonces ISS por el demandante entre el 27 de marzo de 1979 y el 01 de abril de 2010, con los empleadores del sector privado Universidades San Buenaventura, Autónoma de Colombia, Libre de Colombia, Incca de Colombia, entre otros.

En tal sentido, no existe razón por la que haya lugar a declarar la incompatibilidad pensional entre las dos prestaciones, como lo pretende la parte accionada y como a juicio de la Sala, de forma acertada lo señaló el Juez de Instancia, razón por la cual se confirmará la decisión de primer grado y, por consiguiente, para el efecto del estudio pensional que deberá efectuar Colpensiones al actor en el momento que se satisfaga la condición a que quedó supeditado, no deberá aducir razones de incompatibilidad.

Corolario de lo brevemente expuesto hasta aquí, ello resulta suficiente para revocar parcialmente la decisión adoptada en primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR LA ADICIÓN de la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a COLPENSIONES de la orden allí consignada, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia. En lo demás se confirma la decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de MISAEL OLAYA WILCHES contra FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA Rad. 110013105-016-2019-00064-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de enero de 2021.

ANTECEDENTES

El señor MISAEL OLAYA WILCHES instauró demanda laboral ordinaria de primera instancia con el fin de que se condene a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA a indexar el Ingreso Base de Liquidación-IBL de la pensión de jubilación que le fue reconocida de conformidad con el IPC, en consecuencia, se ordene reliquidar la mesada pensional desde el 21 de abril de 2007 sobre un IBL de 5.6 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes para el año de 1996 y una tasa de reemplazo del 75%; se condene al pago del retroactivo pensional desde el 21 de abril de 2007, los intereses corrientes y moratorios, lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que laboró para la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA desde el 07 de mayo de 1973 hasta el 29 de febrero de 1996, que la relación laboral finalizó por medio de acta de conciliación suscrita ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el día 06 de marzo de 1996, año para el cual el salario mínimo legal mensual vigente fue de $142.125. Que mediante Oficio N° PGH10C07318 la demandada le reconoció pensión de jubilación

compartida desde el 21 de abril de 2010 con un IBL de $791.481, equivalente a 5.6 SMLMV para el año 1996 y una tasa de reemplazo del 75%, por lo cual, su primera mesada pensional correspondió a $686.050. No obstante, aseveró que el IBL no fue indexado, por tanto, el 04 de septiembre de 2018 elevó solicitud de indexación ante la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, entidad que negó tal pedimento por carecer de sustento fáctico y jurídico. Agregó que la accionada no ha realizado los descuentos que ordena la ley con el fin de subrogar la pensión con COLPENSIONES y que la mesada pensional que recibe es inferior a la suma de $3.551.217 que le correspondería si se hubiera realizado la indexación (fls. 33 a 49).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que reconoció la pensión de jubilación al demandante por mera liberalidad, al tenor del artículo 260 del CST. Explicó que con la finalidad de beneficiar al actor, liquidó la pensión sobre los últimos tres salarios devengados y sumó la doceava parte de la prima de vacaciones, aún cuando aquella solo debía ser tenida en cuenta para liquidar el auxilio de cesantía, según el artículo 9 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1996-1997, en consecuencia, consideró que liquidó la pensión con un IBL superior al que le correspondía. Agregó que ha realizado el reajuste anual de la pensión de jubilación del demandante y que nunca ha dejado de pagar dicha prestación, por lo cual no es dable el pago de intereses moratorios. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación», «inexistencia de la obligación», «compensación», «buena fe» y «prescripción» (fls. 64 a 72).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 28 de enero de 2021, condenó a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA a reliquidar la pensión de vejez reconocida al demandante, teniendo como valor inicial $1.667.711 desde el 21 de abril de 2007, junto el retroactivo pensional y los reajustes anuales. Asimismo, declaró probada la excepción de prescripción extintiva sobre las diferencias pensionales causadas hasta el 04 de septiembre del 2015.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que la pensión de jubilación del actor no fue reconocida por mera liberalidad de la demandada, por cuanto hizo tal reconocimiento en razón a que no cotizó los aportes a pensión desde el 07 de mayo de 1973 hasta el 30 de septiembre de 1986. Replicó que según el Acuerdo 224 de 1966 y el Decreto 3041 de 1966, los trabajadores con más de 10 años de servicio para el momento de la afiliación al ISS, conservaron las mismas condiciones previstas en el artículo 260

CST con la finalidad de adquirir la pensión de jubilación, en consecuencia, la demandada verificó que el accionante cumpliera con los requisitos de dicha normatividad, esto es, más de 20 años de servicio y la edad de 55 años, siendo así que se otorgó la pensión en virtud de un precepto legal. En el mismo sentido, recordó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha establecido que toda pensión de jubilación debe ser indexada, de conformidad con los artículos 48 y 53 de la Constitución Política que ordenan la actualización de las mesadas pensionales a fin de que no pierdan poder adquisitivo. Por ello, consideró que al demandante se le reconoció una pensión de jubilación y por ende, merece la indexación del IBL, máxime teniendo en cuenta que trascurrieron once (11) años, entre la fecha de retiro del trabajador y la data del reconocimiento pensional. Ahora bien, aclaró que la indexación es procedente bajo los parámetros establecidos por la CSJ, esto es, multiplicando el IBL por el dividendo del IPC final de la última anualidad de la fecha de pensión sobre el IPC inicial del año de retiro del actor, de esta manera, concluyó que el IBL para el 2007 era de $2.223.615.

En cuanto a los intereses moratorios, precisó que no son procedentes dado que no fue objeto del litigio la mora en el pago de las mesadas pensionales, evento que sí es penado por los intereses moratorios. En relación a la excepción de prescripción, explicó que el actor elevó la petición de re liquidación pensional el 04 de septiembre de 2018 e instauró la demandada el 22 de enero de 2019, considerando que se encuentran prescritas las diferencias causadas con anterioridad al 04 de septiembre de 2015.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial del demandante, presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, considerando que no se observó lo realmente devengado por el actor en el año 2007, tal como expuso en la demanda, y que no comparte la posición del A quo en torno a la negación de conceder el pago de intereses moratorios y que la fórmula para realizar la liquidación de la indexación no está dentro de los parámetros establecidos.

Por su parte, el apoderado judicial de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA presentó recurso de apelación en contra de la sentencia emitida solicitando que se revoque en su totalidad, argumentando para tal efecto que no es dable decir que se trata de una pensión de jubilación, por cuanto tal prestación se otorgó por mera liberalidad y la norma que fundamentó la decisión del A quo, estaba derogada para el momento del reconocimiento pensional, en virtud del artículo 280 de la Ley 100 de 1993, por ello, consideró que la indexación no es procedente. Asimismo, adujo que el a quo transgredió el principio de congruencia consagrado en el CGP, dado que la condena de la indexación no se ciñó a lo pretendido en la demanda, excediendo incluso sus facultades

Ultra y Extra Petita. Aseveró que existen mecanismos alternativos de indexación, tales como los utilizados por la FEDERACIÓN en sus operaciones, los cuales se reflejan en una actualización efectiva, haciendo innecesaria e inviable la indexación en los términos del A quo. De otro lado, solicitó que en caso de confirmar alguna de las condenas impuestas, se realice el estudio de las excepción de compensación, en razón a que se liquidó la pensión del accionante con un IBL mayor al que le correspondía, al sumar valores que no constituían salario al tenor de la Convención Colectiva vigente para la fecha de la desvinculación de aquel. En el mismo sentido, aclaró que la excepción de compensación, incluye la suma que pagó al actor al momento de la terminación consensuada de la relación laboral. Concluyó solicitando que en caso de confirmar la condena, se adicione la sentencia para autorizar que se efectúen los descuentos de seguridad social en salud.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el apoderado judicial de la accionada presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia. Por su parte, la apoderada del demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se confirme el fallo de primera instancia y se condene a la accionada al pago de intereses moratorios.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala de Decisión, determinar si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la indexación de la primera mesada pensional, de ser así, verificar la forma de calcularla; también establecer si hay lugar al pago de intereses moratorios por ese concepto, si es procedente la compensación solicitada, finalmente, si hay lugar a autorizar descuentos por concepto de salud frente a las diferencias que se causen.

CONSIDERACIONES

En la vía de resolver los problemas jurídicos, es necesario indicar que se acreditó que el demandante prestó sus servicios a la Federación Nacional de Cafeteros entre el 07 de mayo de 1973 y el 29 de febrero de 1996, el cual finiquitó por mutuo acuerdo mediante el pago de una suma conciliatoria, tal como se dejó sentado en la conciliación celebrada ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de marzo de 1996 (fls. 73 y 74).

De igual modo, que mediante comunicación del 07 de mayo de 2010 la accionada reconoció a favor del demandante «una pensión por mera liberalidad asimilable a la prevista en el artículo 260 del C.S.T., pero sin los efectos jurídicos del mismo», para ser

compartida posteriormente con la que le otorgue el Seguro Social, lo anterior por no haber cotizado más de 10 años de trabajo a su servicio y no haberlo afiliado al ISS por el tiempo correspondiente al 07 de mayo de 1973 hasta el 30 de septiembre de 1986, por no haber cobertura en su municipio. Prestación que fue reconocida sobre el 75% del promedio de los salarios devengados en los últimos tres meses de servicio, incluyendo factores de la prima de vacaciones y prima extralegal de servicios, el cual ascendió a la suma de $791.481, aplicándole como tasa de remplazo el 75%, arrojando una cuantía inicial de $593.611, precisando que por «aplicación de prescripción, le liquidará y reconocerá la mesada pensional a partir del 21 de abril de 2007» y que «aplicados los incrementos de Ley la suma a reconocer a partir del 21 de abril de 2007 es de $686.050» (fls. 15 a 18). El anterior acto jurídico, demuestra que entre la fecha de la terminación del contrato de trabajo (29 de febrero de 1996) y la fecha del reconocimiento pensional (21 de abril de 2007) transcurrió un periodo de 10 años, 2 meses y 8 días, interregno en que se devaluó el valor real del salario devengado por el actor.

Fue en razón a ello que el Juez de primera instancia ordenó la indexación de la primera mesada pensional, figura jurídica respecto de la cual la Corte Constitucional en Sentencia SU-1073 de 2012, de manera enfática zanjó cualquier tipo de controversia, respecto de la aplicación de la indexación sobre mesadas pensionales, al señalar que la misma es aplicable a todas las pensiones, incluso a aquellas que fueron reconocidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, en la medida que si no se procede conforme se señaló, se presentaría una vulneración de los principios constitucionales que integran la seguridad social. Criterio que igualmente fue adoptado por la Sala de Casación Laboral, a partir de la sentencia del 30 de agosto de 2011, Radicación 41852, reiterada entre otras muchas en la CSJ SL5152-2018, CSJ SL5183-2019 y la SL3885-2019, precisando esta última que la indexación «es viable respecto de todas las pensiones, sean legales o extralegales, sin consideración a la data de reconocimiento, esto es, antes o después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, por lo que no observa la Corporación elementos de juicio que justifiquen variar el referido criterio y, por el contrario, encuentra que debe reiterarlo en este asunto». Por lo que no erró el juez a-quo al ordenar la actualización del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación del demandante.

En ese contexto de entrada debe decirse no tiene vocación de prosperar la argumentación propuesta por el apoderado de la parte accionada, pues para zanjar la discusión, basta con decir que nada tiene que ver que la prestación por jubilación sea o no de carácter legal o extra legal, ésta última, que es la calidad que le otorga la demanda, pes como se pudo ver la indexación de la primera mesada pensional aplica por igual a todas las pensiones, independientemente si fue otorgada o no por mera liberalidad, sin que sea de recibo lo atinente a la forma en que se obtuvo el IBL, como quiera que ello no fue objeto debate en

la instancia, de hecho al revisarse la fijación del litigio en la audiencia de que trata el artículo 77 del CTP y SS, se indicó que este se delimitaba a determinar si había lugar indexar el IBL de la pensión concedida, sin que la parte accionada manifestara objeción alguna, de tal modo que no es posible establecer la legalidad de los factores salariales llámense convencionales o legales que hayan sido incluidos para obtener el mismo en esta sede judicial, que por supuesto, carece de las facultades ultra y extra petita.

Ahora bien, para descartar el argumento relativo a la forma de indexar la primera mesada y en torno a que el a quo desbordó las facultades ultra y extra petita en torno a que la condena no se ciñó a lo pretendido en la demanda, basta con indicar que ello no resulta de recibo pues a lo largo de la demanda, la cual si bien no es un modelo a seguir, claramente las pretensiones, hechos y fundamentos de derecho se orientan a que se indexe el ingreso base de liquidación y obtener una mesada actualizada a la fecha del disfrute.

Y, en lo que atañe a la forma calcular la indexación, debe recordársele al recurrente que la fórmula para efectuar dicha actualización, conforme a las aludidas sentencias, se tiene que, desde la sentencia del 13 de diciembre de 2007, radicado 31222, en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplica la siguiente fórmula:

$$VA = VH \times \frac{\text{IPC Final}}{\text{IPC Inicial}}$$

(el de diciembre de la última anualidad en la fecha que se adquirió el derecho a la pensión -1988)
(correspondiente al de diciembre de última anualidad en la fecha de retiro - 1982)

Así pues, en aras de desarrollar dicha fórmula y teniendo en cuenta los reparos formulados, precisa la Sala que en el acto jurídico que concedió la prestación se determinó como promedio salarial de los tres últimos meses de servicio la suma de $791.481, al cual le aplicó como tasa de remplazo el 75%. En ese orden de ideas, a juicio de la Sala lo correcto en este caso es tomar el valor correspondiente al promedio indicado, e indexarlo al momento que se hizo efectiva la prestación. Por lo que, en aplicación de dicha fórmula, se debe tomar como IBL la suma de $791.481, que fue el valor tenido en cuenta por la demandada para el reconocimiento pensional, e indexar de acuerdo con un IPC inicial 31,2400 correspondiente al mes de diciembre de 1995, y como final 87,8700 correspondiente a diciembre de 2006, y realizada la operación aritmética se obtiene un valor indexado de $2.226.230, cifra a la que aplicada una tasa de reemplazo del 75% determina el valor inicial de la mesada pensional en la suma de $1.669.673, suma que resulta superior a la calculada por el a quo, de tal modo que se modificará la decisión objeto de apelación en este puntual aspecto.

En lo concerniente al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los mismos no se reconocerán como quiera que, el derecho pensional aquí reconocido fue de carácter voluntario, y conforme a reiterada y

uniforme jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia estos solo proceden para las pensiones reconocidas por la Ley 100 de 1993 y por el Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición, por lo que el reconocimiento pensional en los términos concedidos no genera interés moratorio alguno.

De otro lado, en lo que a la compensación solicitada se refiere, tampoco hay lugar a la misma, pues tal como se dijo en precedencia, lo relativo a los factores salariales y la forma de construir el IBL no fueron objeto de litigio, de modo que si este fue o no mayor, como bien lo aduce la accionada, ello lo fue por mera liberalidad y no ha sido objeto de debate; y en lo que corresponde a la suma conciliatoria otorgada por la extinción del contrato de trabajo, resulta improcedente, pues allí no aparece clara y expresamente que las partes hubieren conciliado lo relativo a la mencionada pensión en particular, en tanto la suma recibida, obedeció precisamente a la finalización del vínculo laboral, situación que también se deduce de la liquidación final del contrato laboral, visible de folios 75 a 77.

Finalmente, en lo que a los descuentos por concepto aportes al sistema de salud solicitados por la accionada, debe recordarse que la entidad demandada en el reconocimiento pensional, está en la obligación de descontar a los pensionados el importe completo que genere los descuentos al sistema de seguridad social en salud, desde la fecha de causación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, obligación que se encuentra acorde con lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, que obliga a «…descontar la cotización para salud y transferido a la EPS o entidad a la cual esté afiliado el pensionado en salud. Igualmente deberán girar un punto porcentual de la cotización al fondo de solidaridad y garantía en salud…».

De conformidad con la H. Sala Laboral de la CSJ, en la sentencia SL-14385 de 2015, allí señaló que la obligación de los descuentos al sistema general de seguridad social a cargo de los pensionados, atiende a los principios legales que gobiernan el sistema de seguridad social integral, en especial, los de universalidad y solidaridad, además podrían verse comprometidos los derechos del demandante de acceder a los servicios de alto costo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 164 de la Ley 100 de 1993. De lo anterior, se concluye que la decisión de primer grado deba adicionarse, pues la entidad debe descontar el aporte correspondiente.

En este contexto decisional, y al quedar resueltos todos y cada uno de los puntos materia de inconformidad planteados por los apelantes, la Sala MODIFICARÁ y ADICIONARÁ la decisión de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de indicar que el valor de la primera mesada, al 21 de abril de 2007, de la pensión reconocida al actor por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia corresponde a la suma de $1.669.673, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de AUTORIZAR a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a descontar del valor del retroactivo pensional, los valores que correspondan con destino al sistema de seguridad social en salud, conforme se consideró en precedencia. En lo demás se confirma la decisión.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GILBERTO MOGOLLON PRIETO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 110013105-014-2018-0238-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a revisar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de diciembre de 2020.

ANTECEDENTES

El señor GILBERTO MOGOLLON PRIETO, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia, a fin de que se declare que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 tanto por contar con más de 40 años de edad a la entrada en vigencia de dicha Ley, como por haber cotizado 869.29 semanas al entrar en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez conforme a lo previsto en el Decreto 758 de 1990, junto con el retroactivo pensional desde la fecha en que surgió el derecho, las mesadas adicionales de junio y diciembre, el reajuste anual, los intereses moratorios conforme a la Ley 100 de 1993 y la indexación. Se condene a COLPENSIONES a lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 04 de febrero de 1952 e inició a cotizar en el Instituto de Seguros Sociales-ISS el día 09 de marzo de 1982, entidad en la cual cotizó más de 868.29 semanas hasta el 29 de enero de 2018. Explicó que laboró al servicios de varias empresas, pero en su historia laboral aparecen

en mora los empleadores ALKI EQUIPOS LTDA, RCHAMIE INGENIEROS y RAFAEL EDUARDO AYALA, quienes omitieron el pago de aportes pensionales en los siguientes periodos: de agosto de 1995 a diciembre de 1997, cotizó en el RAIS desde el 04 de julio de 1994 hasta el 01 de diciembre de 1997; de enero a marzo de 1998; de mayo a diciembre de 1998; de febrero a agosto de 1999; de octubre a diciembre de 1999; de los años 2000, 2001, 2002, 2003; de los meses de enero, febrero, marzo, octubre, noviembre y diciembre de 2004; los años 2005 y 2006; de los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y diciembre de 2007; los meses de enero, febrero, junio y octubre de 2008; los meses de abril, octubre, noviembre y diciembre de 2009; los años de 2010, 2011, 2012 y de 01 de enero al 01 de mayo de 2013. Que durante la vigencia de la relación laboral con dichos empleadores, siempre se efectuaron los descuentos para salud y pensión. Argumentó que es COLPENSIONES la encargada de realizar el cobro de los aportes que se encuentran en mora, en consecuencia, que esos periodos deben ser abonados a su historia laboral como semanas válidamente cotizadas. Agregó que el 30 de abril de 2014 elevó solicitud ante COLPENSIONES para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, negando la petición mediante Resolución N° GNR 256718 por no reunir los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003. Añadió que realizó la última cotización en el sistema de seguridad social en pensión el 30 de noviembre de 2014, por lo cual, resaltó que la prestación debió ser reconocida a partir del día siguiente a esa fecha. De igual manera, sostuvo que es beneficiario del régimen de transición y a esta última fecha cuenta con todos los requisitos consagrados en el Decreto 758 de 1990 (fls. 34 a 49 y 62 a 63).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que no le asiste el derecho al actor porque perdió el beneficio cuando se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual en el año 1994, de conformidad con el artículo 36 de le Ley 100 de 1993. Agregó que para el 25 de julio de 2005 el demandante no había cotizado más de 750 semanas, puesto que para esta data tenía 398,14 semanas cotizadas, por lo cual, consideró que no es dable admitir que la aplicación del régimen de transición se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014. Indicó, que si bien, según el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, el demandante cotizó más de 500 semanas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad, no obstante, cumplió dicha edad después del 31 de julio de 2010. Asimismo, arguyó que el accionante no acreditó 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, dado que solo cotizó 916,71 semanas. En relación a los periodos que no se ven reflejados en la historia laboral del accionante, expuso que aquel estaba afiliado a COLFONDOS para los ciclos

septiembre de 1999; noviembre de 2007 a enero de 2008; marzo de 2008; agosto, septiembre y noviembre de 2008; marzo de 2009; marzo de 19998 a septiembre de 1999 y enero de 1996 a septiembre de 1999, por lo que el demandante debía realizar la solicitud de la devolución de esos aportes a la AFP COLFONDOS. Añadió que realizó todo lo necesario para efectuar el cobro de los periodos en mora y que realizó la corrección de la historia laboral, tal como lo comunicó en la respuesta SEM 429722. Formuló como excepciones de mérito las de «inexistencia del derecho y de la obligación», «prescripción», «principio de buena fe», «improcedencia de los intereses moratorios», «imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas» e «innominada o genérica» (fls. 102 a 112).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito, mediante sentencia proferida el 04 de diciembre del año 2020, absolvió a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, determinó que para el 01 de abril de 1994 el actor contaba con 42 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero indicó que no acreditó el mínimo de semanas cotizadas para el 25 de julio de 2005, dado que para agosto de 2004 había cotizado 367.83 semanas, siendo así que el beneficio no se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014. Es por ello que analizó los periodos en mora, encontrando que los ciclos de agosto de 1995 a agosto de 1996 y de abril de 1998 a agosto de 1999, estaban debidamente contabilizados en la historia laboral del demandante. Aclaró que el actor estuvo afiliado a COLFONDOS desde agosto de 1995 hasta octubre de 1999, fecha en la cual se trasladó a COLPENSIONES, entidad que no probó que hubiera realizado las gestiones de cobro pertinentes, en consecuencia, siguiendo la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ordenó tener como efectivamente cotizados los ciclos de septiembre de 1996 a marzo de 1998 y de septiembre de 1999, equivalentes a 81.51 semanas.

Recordó que de acuerdo a la comunicación de COLPENSIONES del 30 de diciembre de 2014, el empleador EDUARDO AYALA registró novedad de retiro en septiembre de 1999 y en mayo de 2004, en consecuencia, argumentó que al no obrar prueba alguna sobre la continuidad de la relación laboral, no es procedente declarar como cotizados los ciclos comprendidos entre septiembre de 1999 a mayo de 2005, máxime cuando para esa fecha se registraron cotizaciones de otros empleadores. Explicó que los periodos de cotización simultánea no se tienen en cuenta para contabilizar las semanas sino para calcular el IBL. Concluyó que, de la sumatoria de aportes, el demandante

cotizó 449.34 semanas antes del 25 de julio de 2005, sin alcanzar las 750 semanas exigidas por el Acto Legislativo 01 de 2005. Por tanto, no había lugar a la prestación deprecada.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandante, inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación, considerando para tal efecto que el demandante es beneficiario del régimen de transición, en tanto para el 01 de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad y que a pesar de que el actor cumplió 60 años en el 2012, para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 contaba con más de 869.29 semanas cotizadas, permitiendo que el beneficio del régimen de transición se extendiera hasta el 31 de diciembre de 2014. Agregó que la A quo no se pronunció respecto a las 127 semanas cotizadas ante COLFONDOS. Arguyó que agotó la vía administrativa ante COLPENSIONES para que efectuara el cobro, no obstante, la entidad omitió su deber y por ello, consideró que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, se deben computar a la historia laboral del demandante, las semanas en mora de los empleadores ALKI EQUIPOS LTDA, RCHAMIE INGENIEROS y RAFAEL EDUARDO AYALA. Por último, esgrimió que de acuerdo a sus cálculos cotizó 1.100 semanas en toda su vida laboral.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la apoderada judicial de la parte actora presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada y allegó certificado de aportes al sistema, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. La accionada COLPENSIONES alegó que se mantuviera la decisión de instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar, si al demandante le asiste derecho a la pensión de vejez consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, de ser procedente, establecer los términos en que se ha de conceder y verificar si hay lugar al pago de intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se tiene como aspectos fuera de discusión que el demandante conforme a la fotocopia de la cédula de ciudadanía que obra en el expediente administrativo de CD a folio 26, nació el 04 de febrero de 1952, por lo tanto, se tiene que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más 40 años de edad, específicamente con 42 años y es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la citada disposición legal. Que mediante Resolución GNR 214419 del 26 de agosto de 2013, la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES–, negó el reconocimiento de la pensión de vejez a la demandante, argumentando esencialmente que ésta no configuró el derecho pensional a la luz de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003; decisión que fue confirmada por las Resoluciones GNR 55826 del 24 de febrero de 2014 y VPB 12567 del 13 de febrero de 2015, precisando en este último acto administrativo que el actor si bien era beneficiario del régimen de transición en razón a la edad, lo perdió al por no haber cotizado a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (folios 11 a 19 y Expediente administrativo CD fl. 88). Aunado a lo anterior también se determinó en el referido acto administrativo, que el actor si bien se trasladó al RAIS, al haberse definido el traslado de régimen, mediante comité de múltiple vinculación no requerían del cálculo de rentabilidad ni acreditar 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para recuperar el régimen de transición, debido a que en estos casos la afiliación se considera nula , es decir, que se le trató como si nunca se hubieran trasladado.

Es claro entonces que el eje central del presente litigio radica en determinar, en primer término, si al actor le asiste derecho a la pensión de vejez que en su momento consagró el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del año ídem, teniendo en cuenta para ello los presuntos períodos de cotización correspondientes a los empleadores ALKI EQUIPOS LTDA, R CHAMIE INGENIEROS y RAFAEL EDUARDO AYALA, tal como lo exige la apoderada de la parte actora en el recurso de alzada.

En tal sentido, considera esta Sala de Decisión, es menester advertir que respecto a la imputación de aportes en mora por parte del empleador, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera pacífica ha señalado que las administradoras, públicas y privadas, como elemento estructural del Sistema de Seguridad Social (Artículo 48 C.P.), deben cumplir las obligaciones legales, dentro de ellas, cobrar a los empleadores las cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque la obligación radica en el empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar, previamente, si las administradoras de pensiones adelantaron las acciones de cobro, pues si no lo hacen,

corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes, criterio jurisprudencial que ha sido reiterado en la sentencia radicada al No. 69294 del 2 de noviembre de 2016 (SL15980-2016).

Para la imputación de los pagos en mora, la parte actora debe acreditar la existencia de la relación laboral durante el periodo echado de menos en los aportes a pensión, pues es la naturaleza jurídica de la relación contractual la que genera la obligación del empleador en el pago de los mismos, conforme el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y las normas anteriores a su vigencia. Por lo tanto, debe acreditarse la existencia de la relación laboral, pues sólo ante su demostración, puede alegarse la omisión de la entidad de pensiones en realizar las respectivas acciones de cobro en los términos legales, pues tal situación también puede explicarse lógicamente en la falta de reporte de novedades, por lo que se reitera, para este efecto es indispensable demostrar el periodo laborado en virtud del cual se alega la omisión el pago de los aportes con destino al sistema general de pensiones, pues se insiste, el elemento relevante y diferenciador en éste tipo de procesos, según el entendimiento de la Sala, surge a partir de la demostración de la relación laboral por el periodo adeudado, pues éste aspecto es el que evidencia la obligación que da la génesis a la cotización y el que eventualmente puede demostrar un actuar negligente por parte de la entidad.

En el caso sub examine, debe anotarse preliminarmente que la parte actora se duele que no se tienen en cuenta algunos períodos relacionados con los empleadores ALKI EQUIPOS LTDA, R CHAMIE INGENIEROS y RAFAEL EDUARDO AYALA, pues según aduce desde la demanda COLPENSIONES no tiene en cuenta en la historia laboral las semanas correspondientes a los ciclos de agosto a diciembre de 1995, enero a diciembre de 1996, enero a diciembre de 1997, enero a diciembre de 1998 y enero a septiembre de 1999 con el EMPLEADOR ALKI EQUIPOS LTDA; con el empleador RCHAMIE INGENIEROS por los períodos de septiembre de 1996 a octubre de 1998; y respecto del empleador RAFAEL EDUARDO AYALA los periodos correspondientes desde mayo a octubre de 1998, febrero a diciembre de 1999 y desde enero del año 2.000 hasta el mes de mayo del año 2013. Sin embargo, revisadas las distintas historias laborales aportadas al plenario, incluida la aportada por la demandante, se evidencia que, frente a cada uno de los empleadores señalados en el detalle de las cotizaciones que se registraron las respectivas novedades de retiro verbigracia para el empleador AKI EQUIPOS LTDA el 08 de julio de 1995, sin que se observen reportes adicionales con el mismo y mucho menos la mora que indica parte actora. Lo mismo ocurre con el empleador RCHAMIE INGENIEROS que reportó la respectiva novedad de retiro para el periodo 1996-08 y con relación al empleador RAFAEL EDUARDO AYALA se reportan cotizaciones hasta el mes de agosto de 1999. Así pues, que de entrada no

existen motivos para tener en cuenta los periodos denunciados por la parte actora, máxime cuando no se demuestra la existencia de la relación laboral frente a los mismos, pues al efecto ningún elemento probatorio permite arribar a esa conclusión con un alto grado de certeza. En esas condiciones, no puede afirmarse la existencia de la relación laboral o afiliación a pensiones por los periodos alegado en la demanda, pues la parte actora no acreditó siquiera sumariamente la existencia de la relación laboral por esos precisos periodos alegado en la demanda como de mora patronal.

No obstante, como ya se explicó no puede atribuirse a Colpensiones su omisión en las acciones de cobro respecto a los tiempos en que no se afilió a la demandante, de modo que ya no se puede hablar de imputación de aportes en mora, sino las consecuencias jurídicas que se derivan de la no afiliación por parte del empleador al haber no reportado el ingreso o retiro de su trabajador, lo que impide que en esta causa se puedan incluir dichos ciclos, en la medida que a este proceso no se vincularon a esos empleadores.

Definido lo anterior, una vez contabilizado el total de semanas cotizadas, el actor reuniría al 29 de julio de 2005 un total de 426,86 semanas de cotización, lo que NO lo hace merecedor del régimen de transición hasta diciembre de 2014, en razón a que si bien nació el 04 de febrero de 1952, es decir, contaba con 42 años de edad al 1° de abril de 1994, siendo beneficiario del régimen de transición, éste se le extinguió el 31 de julio de 2010, en los términos del A.L. 01 de 2005. De igual forma, se concluye de lo anterior que no le resulta aplicable el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, pues la edad de 60 años la cumplió el 04 de febrero de 2008, fecha para la cual únicamente contaba con 461,86 semanas y para el 31 de julio de 2010, fecha para la cual expiró el régimen de transición reporta 577 semanas cotizadas. En ese sentido, resulta claro que no alcanzó el derecho pensional a la luz del régimen transitivo y mucho menos a la luz de lo estipulado en la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que al menos al 30 de junio de 2019 cuenta con aproximadas 918 semanas.

En tal medida, se confirmará la decisión de primer grado, advirtiéndole a la actora que las planillas de autoliquidación aportadas con los alegatos en esta instancia, además de resultar extemporáneas, de ser aceptadas, con el respectivo beneficio de inventario, tampoco podrían tenerse en cuenta para los efectos aquí perseguidos, en la medida que hacen referencia a periodos correspondientes a los años 2014 y 2015.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GABRIEL ADOLFO RAMIREZ RODRIGUEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y otro. Rad. 110013105-005-2018-00530-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante contra la sentencia proferida el 22 de octubre del año 2020 por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor GABRIEL ADOLFO RAMIREZ RODRIGUEZ como pretensiones principales depreca se declare que, como beneficiario del régimen de transición, se le reliquide dicha prestación; en consecuencia, solicitó se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez, incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados, sobre el valor real de su pensión; así mismo, que se efectúe el pago del retroactivo, a partir de la adquisición del status de pensionado. Finalmente, se le condene a lo ultra y extra petita; igualmente, al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que mediante Resolución del 10 de junio de 2010, se le concedió la pensión de jubilación, teniendo en cuenta

el promedio devengado durante los últimos diez años, que hecha la computación de sus semanas cotizadas, se acumularon 20 años y 02 meses equivalentes a 1.004 semanas cotizadas, hasta el año 2009, fecha para la cual contaba con 60 años de edad. Que mediante Resolución del 04 de agosto de 2015 Colpensiones le reliquidó la pensión, incrementándola en $1.842, efectiva a partir del 2012, por lo que operó la prescripción de las mesadas. En virtud de lo anterior, solicitó a Colpensiones una nueva reliquidación de la pensión de vejez, la cual fue rechazada, contra esta decisión interpuso recurso de apelación argumentando ser beneficiario del régimen de transición, al no haberle incluido los salarios más altos devengados, teniendo en cuenta dicho régimen, se le desconoció el retroactivo pensional; no obstante, Colpensiones ratificó su decisión (Fls. 02 a 09 y 24 a 31).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda solicitando se absuelva de todos los cargos formulados contra ella, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas, para ello manifestó que las peticiones del demandante carecen de soporte jurídico y fáctico, pues la prestación que adquirió el demandante se encontró ajustada a derecho y conforme a la ley, por tanto no hay lugar a reliquidar lo solicitado y como quiera que no prospera la primera pretensión, por sustracción de materia tampoco prosperan las demás. Propuso como excepciones de fondo, las de «carencia de causa para demandar», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «buena fe», «cobro de lo debido», «inexistencia de intereses moratorios e indexación», «compensación» e «innominada o genérica» (Fls. 36 a 43, 45 a 58).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 22 de octubre de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación; en consecuencia, absolvió COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y sin condena en costas para las partes.

Para arribar a dicha conclusión, se indicó que conforme a la liquidación realizada por el Juzgado arrojaba un valor igual al que calculó Colpensiones, verificando que el salario promedio medio por ejemplo de los años 70 y 80 fue un poco alto, lo que llevó a concluir al accionante que podría merecer un salario más alto; no obstante,

no alcanzó esa magnitud salarial para aumentar y mejorar el IBL pues finalmente ya en los años noventa y posteriores su IBL corresponde a un SMLMV. Finalmente, resaltó que la pensión liquidada por Colpensiones fue similar a la realizada por el Juzgado pues se tuvo en cuenta toda la vida laboral del demandante y los salarios actualizados, aun se mejoró un poco en la reliquidación del año 2015, sin haber tenido conocimiento el Despacho del motivo de la mejora. En tal sentido indicó no había lugar al reajuste deprecado.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión solicitando la confirmación de su absolución. El demandante guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar si es procedente reliquidar la pensión del demandante en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De igual manera, si el actor tiene derecho al retroactivo desde el momento en que adquirió el status de pensionado, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en su favor.

CONSIDERACIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones mediante la Resolución No. 108956 del 10 de junio de 2010, a partir del 03 de marzo de 2010, en cuantía inicial de $538.245, por encontrarse acreditados los requisitos de que trata el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta un IBL de $598.050, al cual se le aplicó el 90% como tasa de remplazo (fls. 10 y 11), prestación que fue modificada mediante Resolución GNR 235249 del 04 de agosto de 2015, en la suma de $576.476 actualizada al año 2012, para lo cual tuvo en cuenta por favorabilidad lo cotizado durante toda la vida laboral del actor y aplicando la excepción de prescripción respecto del reajuste otorgado, decisión que fue confirmada por medio de la Resolución SUB 149870 del 08 de agosto de 2017, advirtiendo que el ejercicio de reliquidar la pensión a esa fecha arrojaba una mesada pensional inferior al SMLMV (Fls. 12 a 20). Por lo anterior, es un hecho indiscutido dentro del proceso que el

señor GABRIEL ADOLFO RAMÍREZ RODRÍGUEZ, es beneficiario del régimen de transición.

Determinado lo anterior, se procede al estudio puntual de los reparos indicados en el libelo genitor por la parte demandante respecto del IBL, para lo cual advierte la Sala que de manera pacífica la H. Sala Laboral de la CSJ determinó que el cálculo del IBL de las pensiones concedidas por el régimen de transición, se determinan con base en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece que para quienes a 1º de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello. En caso de resultar más favorable el valor de la mesada pensional con base en todo el tiempo cotizado, se tomará éste, y así ha sido avalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[1].
En el evento de que al trabajador le faltare más de 10 años para adquirir la pensión a 1º de abril de 1994, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de vejez. A su vez, el inciso 2° de la citada regulación permite su cálculo con base en lo devengado durante toda la vida laboral, en caso de resultarle más favorable, pero para ello debe haber cotizado más de 1250 semanas[2].

En ese orden de ideas, acogiendo el anterior criterio jurisprudencial y normativo, se tiene que el demandante cumplió la edad exigida por el Acuerdo 049 de 1990 al cumplir los 60 años de edad, el 08 de marzo de 2010, pues nació el mismo día y mes del año 1950, fecha que permite colegir que la causación del derecho se dio vencidos los 10 años contados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que permite concluir que la liquidación del IBL debe ser realizada de conformidad con lo reglado por el artículo 21 ibidem, situación que por la densidad de cotizaciones acreditada y aceptada por la demandada (1.303), viabiliza realizar su cálculo con base en el promedio salarial devengado en toda su vida laboral o con los últimos 10 años, número de cotizaciones que también permite concluir que al actor le asiste derecho a que la tasa de reemplazo sea calculada con un 90% en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

En consecuencia, en aras de determinar si el cálculo efectuado por COLPENSIONES es correcto, se procedió a realizar las operaciones de rigor, estableciéndose que para

[1] Sentencias del 23 de abril de 2003 Rad. 19459, la del 4 mayo de 2011 Rad.39127, entre otras.
[2] Sentencia 40552 del 1º de marzo de 2011.

el año en que se causó el derecho y fue igualmente reconocido, esto es, al 08 de marzo de 2010, el cálculo arrojó un IBL más favorable teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado durante toda la vida laboral de $598.246,71, al cual se le aplicó como tasa de remplazo el 90%, arrojando una mesada pensional de $538.422,04 para el año 2010, que actualizada al año 2012 asciende a $576.210, cifra que es inferior a la mesada pensional reconocida por COLPENSIONES en su momento, pues ascendió en esa anualidad, a la suma de $576.476. Lo anterior según los siguientes cuadros:

Así se muestran los baremos en las dos (2) hipótesis: i) Con los últimos diez (10) años de cotizaciones:

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO	SBC	ÍNDICE	ÍNDICE	DÍAS DEL	SALARIO	IBL
DESDE	HASTA	COTIZADO		INICIAL	FINAL	PERIODO	INDEXADO	
01/11/1999	30/11/1999	$242.000	1	52,180000	102,000000	30	473.055	$ 3.942,12
1/12/1999	31/12/1999	$236.000	2	52,180000	102,000000	30	461.326	$ 3.844,38
1/01/2000	29/02/2000	$236.000	2	57,000000	102,000000	60	422.316	$ 7.038,60
01/03/2000	31/03/2000	$260.000	1	57,000000	102,000000	30	465.263	$ 3.877,19
01/05/2000	31/05/2000	$260.000	1	57,000000	102,000000	30	465.263	$ 3.877,19
01/06/2000	30/06/2000	$264.000	1	57,000000	102,000000	30	472.421	$ 3.936,84
01/07/2000	31/08/2000	$260.000	1	57,000000	102,000000	60	465.263	$ 7.754,39
01/09/2000	31/10/2000	$264.000	1	57,000000	102,000000	60	472.421	$ 7.873,68
01/11/2000	31/12/2000	$260.000	1	57,000000	102,000000	60	465.263	$ 7.754,39
01/01/2001	31/01/2001	$264.000	1	61,990000	102,000000	30	434.393	$ 3.619,94
01/02/2001	28/02/2001	$286.000	1	61,990000	102,000000	30	470.592	$ 3.921,60
01/03/2001	31/03/2001	$290.000	1	61,990000	102,000000	30	477.174	$ 3.976,45
01/04/2001	30/09/2001	$286.000	1	61,990000	102,000000	180	470.592	$ 23.529,60
01/10/2001	31/10/2001	$277.000	1	61,990000	102,000000	30	455.783	$ 3.798,19
01/11/2001	31/12/2001	$285.926	1	61,990000	102,000000	60	470.470	$ 7.841,17
1/01/2002	31/01/2002	$285.926	1	66,730000	102,000000	30	437.052	$ 3.642,10
01/02/2002	31/12/2002	$308.889	1	66,730000	102,000000	330	472.152	$ 43.280,57
1/01/2003	31/01/2003	$308.889	1	71,400000	102,000000	30	441.270	$ 3.677,25
01/02/2003	31/12/2003	$331.852	1	71,400000	102,000000	330	474.074	$ 43.456,81
1/01/2004	31/01/2004	$331.852	1	76,030000	102,000000	30	445.205	$ 3.710,04
01/02/2004	30/11/2004	$359.000	1	76,030000	102,000000	300	481.626	$ 40.135,47
01/12/2004	31/12/2004	$359.310	1	76,030000	102,000000	30	482.042	$ 4.017,01
01/01/2005	31/01/2005	$358.667	1	80,210000	102,000000	30	456.103	$ 3.800,86
01/02/2005	31/12/2005	$382.000	1	80,210000	102,000000	330	485.775	$ 44.529,36
1/01/2006	31/01/2006	$382.000	1	84,100000	102,000000	30	463.306	$ 3.860,88
01/03/2006	31/12/2006	$408.000	1	84,100000	102,000000	300	494.839	$ 41.236,62
1/01/2007	31/01/2007	$408.000	1	87,870000	102,000000	30	473.609	$ 3.946,74
01/02/2007	30/11/2007	$434.000	1	87,870000	102,000000	300	503.790	$ 41.982,47
01/01/2008	31/01/2008	$434.000	1	92,870000	102,000000	30	476.666	$ 3.972,22
01/02/2008	31/03/2008	$461.000	1	92,870000	102,000000	60	506.321	$ 8.438,68
01/04/2008	31/12/2008	$461.500	1	92,870000	102,000000	270	506.870	$ 38.015,24
1/01/2009	31/01/2009	$461.500	1	100,000000	102,000000	30	470.730	$ 3.922,75
1/02/2009	31/12/2009	$497.000	1	100,000000	102,000000	330	506.940	$ 46.469,50
1/01/2010	31/01/2010	$515.010	1	102,000000	102,000000	30	515.010	$ 4.291,75
TOTALES						3.600		
TOTALES						514,29		482.972,06
TASA DE REEMPLAZO		90%			PENSION			434.674,85
SALARIO MÍNIMO		2.010			PENSIÓN MÍNIMA			515.000,00

ii) Con toda la vida laboral:

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO	SBC	ÍNDICE	ÍNDICE	DÍAS DEL	SALARIO	IBL
DESDE	HASTA	COTIZADO		INICIAL	FINAL	PERIODO	INDEXADO	
16/03/1970	26/09/1970	$660	1	0,160000	102,000000	195	420.750	$ 8.990,38
08/11/1971	31/12/1971	$660	1	0,170000	102,000000	54	396.000	$ 2.343,20
1/01/1972	18/04/1972	$660	1	0,200000	102,000000	109	336.600	$ 4.020,32
19/09/1972	30/11/1972	$930	1	0,200000	102,000000	73	474.300	$ 3.793,98
01/12/1972	31/12/1972	$1.290	1	0,200000	102,000000	31	657.900	$ 2.234,81
1/01/1973	31/12/1973	$1.290	1	0,220000	102,000000	365	598.091	$ 23.921,01
1/01/1974	30/04/1974	$1.290	1	0,280000	102,000000	120	469.929	$ 6.179,21
01/05/1974	31/12/1974	$1.770	1	0,280000	102,000000	245	644.786	$ 17.310,16
1/01/1975	31/12/1975	$1.770	1	0,350000	102,000000	365	515.829	$ 20.630,88
1/01/1976	31/03/1976	$1.770	1	0,410000	102,000000	91	440.341	$ 4.390,87
01/04/1976	31/12/1976	$2.430	1	0,410000	102,000000	275	604.537	$ 18.216,91
1/01/1977	30/11/1977	$2.430	1	0,520000	102,000000	334	476.654	$ 17.444,92
01/12/1977	31/12/1977	$3.300	1	0,520000	102,000000	31	647.308	$ 2.198,83
1/01/1978	25/02/1978	$3.300	1	0,670000	102,000000	56	502.388	$ 3.082,81
15/05/1979	31/12/1979	$5.790	1	0,800000	102,000000	231	738.225	$ 18.686,17
1/01/1980	31/01/1980	$5.790	1	1,020000	102,000000	31	579.000	$ 1.966,80
01/02/1980	31/08/1980	$7.470	1	1,020000	102,000000	213	747.000	$ 17.434,91
01/09/1980	31/12/1980	$11.850	1	1,020000	102,000000	122	1.185.000	$ 15.841,55
1/01/1981	31/01/1981	$11.850	1	1,290000	102,000000	31	936.977	$ 3.182,81
01/02/1981	31/12/1981	$14.610	1	1,290000	102,000000	334	1.155.209	$ 42.279,19
1/01/1982	25/12/1982	$14.610	1	1,630000	102,000000	359	914.245	$ 35.964,73
29/03/1985	31/12/1985	$21.420	1	2,790000	102,000000	278	783.097	$ 23.855,02
1/01/1986	31/01/1986	$21.420	1	3,420000	102,000000	31	638.842	$ 2.170,08
01/02/1986	05/10/1986	$25.530	1	3,420000	102,000000	247	761.421	$ 20.608,26
27/05/1987	31/08/1987	$39.310	1	4,130000	102,000000	97	970.852	$ 10.319,16
10/05/1988	31/05/1988	$25.530	1	5,120000	102,000000	22	508.605	$ 1.226,09
01/06/1988	31/12/1988	$41.040	1	5,120000	102,000000	214	817.594	$ 19.172,15
1/01/1989	30/04/1989	$41.040	1	6,570000	102,000000	120	637.151	$ 8.378,05
01/05/1989	29/08/1989	$47.370	1	6,570000	102,000000	121	735.425	$ 9.750,86
05/04/1990	05/07/1990	$79.290	1	8,280000	102,000000	92	976.761	$ 9.846,81
10/09/1991	31/12/1991	$54.630	1	10,960000	102,000000	113	508.418	$ 6.295,33
01/01/1992	15/02/1992	$70.260	1	13,900000	102,000000	46	515.577	$ 2.598,79
01/03/1998	31/03/1998	$41.000	1	44,720000	102,000000	30	93.515	$ 307,41
01/04/1998	31/05/1998	$204.000	1	44,720000	102,000000	60	465.295	$ 3.059,14
01/06/1998	31/12/1998	$209.000	1	44,720000	102,000000	210	476.699	$ 10.969,42
1/01/1999	31/01/1999	$209.000	1	52,180000	102,000000	30	408.547	$ 1.343,02
01/03/1999	31/03/1999	$236.000	1	52,180000	102,000000	30	461.326	$ 1.516,52
01/05/1999	31/05/1999	$244.000	1	52,180000	102,000000	30	476.964	$ 1.567,93
01/07/1999	31/07/1999	$236.000	1	52,180000	102,000000	30	461.326	$ 1.516,52
01/08/1999	30/09/1999	$242.000	1	52,180000	102,000000	60	473.055	$ 3.110,16
01/11/1999	30/11/1999	$242.000	1	52,180000	102,000000	30	473.055	$ 1.555,08
1/12/1999	31/12/1999	$236.000	2	52,180000	102,000000	30	461.326	$ 1.516,52
1/01/2000	29/02/2000	$236.000	2	57,000000	102,000000	60	422.316	$ 2.776,57
01/03/2000	31/03/2000	$260.000	1	57,000000	102,000000	30	465.263	$ 1.529,46
01/05/2000	31/05/2000	$260.000	1	57,000000	102,000000	30	465.263	$ 1.529,46
01/06/2000	30/06/2000	$264.000	1	57,000000	102,000000	30	472.421	$ 1.552,99
01/07/2000	31/08/2000	$260.000	1	57,000000	102,000000	60	465.263	$ 3.058,93
01/09/2000	31/10/2000	$264.000	1	57,000000	102,000000	60	472.421	$ 3.105,99
01/11/2000	31/12/2000	$260.000	1	57,000000	102,000000	60	465.263	$ 3.058,93
01/01/2001	31/01/2001	$264.000	1	61,990000	102,000000	30	434.393	$ 1.427,98
01/02/2001	28/02/2001	$286.000	1	61,990000	102,000000	30	470.592	$ 1.546,98
01/03/2001	31/03/2001	$290.000	1	61,990000	102,000000	30	477.174	$ 1.568,62
01/04/2001	30/09/2001	$286.000	1	61,990000	102,000000	180	470.592	$ 9.281,89
01/10/2001	31/10/2001	$277.000	1	61,990000	102,000000	30	455.783	$ 1.498,30
01/11/2001	31/12/2001	$285.926	1	61,990000	102,000000	60	470.470	$ 3.093,16
1/01/2002	31/01/2002	$285.926	1	66,730000	102,000000	30	437.052	$ 1.436,72

01/02/2002	31/12/2002	$308.889	1	66,730000	102,000000	330	472.152	$ 17.073,20
1/01/2003	31/01/2003	$308.889	1	71,400000	102,000000	30	441.270	$ 1.450,59
01/02/2003	31/12/2003	$331.852	1	71,400000	102,000000	330	474.074	$ 17.142,73
1/01/2004	31/01/2004	$331.852	1	76,030000	102,000000	30	445.205	$ 1.463,53
01/02/2004	30/11/2004	$359.000	1	76,030000	102,000000	300	481.626	$ 15.832,53
01/12/2004	31/12/2004	$359.310	1	76,030000	102,000000	30	482.042	$ 1.584,62
01/01/2005	31/01/2005	$358.667	1	80,210000	102,000000	30	456.103	$ 1.499,35
01/02/2005	31/12/2005	$382.000	1	80,210000	102,000000	330	485.775	$ 17.565,82
1/01/2006	31/01/2006	$382.000	1	84,100000	102,000000	30	463.306	$ 1.523,03
01/03/2006	31/12/2006	$408.000	1	84,100000	102,000000	300	494.839	$ 16.266,91
1/01/2007	31/01/2007	$408.000	1	87,870000	102,000000	30	473.609	$ 1.556,90
01/02/2007	30/11/2007	$434.000	1	87,870000	102,000000	300	503.790	$ 16.561,13
01/01/2008	31/01/2008	$434.000	1	92,870000	102,000000	30	476.666	$ 1.566,95
01/02/2008	31/03/2008	$461.000	1	92,870000	102,000000	60	506.321	$ 3.328,87
01/04/2008	31/12/2008	$461.500	1	92,870000	102,000000	270	506.870	$ 14.996,15
1/01/2009	31/01/2009	$461.500	1	100,000000	102,000000	30	470.730	$ 1.547,44
1/02/2009	31/12/2009	$497.000	1	100,000000	102,000000	330	506.940	$ 18.331,16
1/01/2010	31/01/2010	$515.010	1	102,000000	102,000000	30	515.010	$ 1.693,00
TOTALES						9.126		
TOTALES						1.303,71		598.246,71
TASA DE REEMPLAZO		90%			PENSION			538.422,04
SALARIO MÍNIMO		2.010			PENSIÓN MÍNIMA			515.000,00

Evolución de las mesadas:

AÑO	Variación IPC	Mesada	SMLMV
2.010	0,0317	$ 538.422	515.000,00
2.011	0,0373	$ 555.490	535.600,00
2.012	0,0244	$ 576.210	566.700,00
2.013	0,0194	$ 590.269	589.500,00
2.014	0,0366	$ 601.721	616.000,00
2.015	0,0677	$ 623.744	644.350,00
2.016	0,0575	$ 665.971	689.455,00
2.017	0,0409	$ 704.264	737.717,00
2.018	0,0318	$ 733.069	781.242,00

En ese orden de ideas, resulta claro que no hay lugar al reajuste pensional solicitado, no sólo porque la prestación es inferior a la calculada inicialmente, la cual, en un principio era superior al salario mínimo legal mensual vigente, empero los incrementos anuales conforme al IPC resultaron inferiores a partir del año 2014 respecto al reajuste del SMLMV. Tampoco resulta viable el retroactivo, pues como se pudo ver, la prestación fue reconocida a partir de la edad de los 60 años de edad, esto es, una vez configuró el demandante la totalidad de requisitos exigidos por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

En consecuencia, se confirma la sentencia consultada. Así se determinará, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado ANA INES VILLABONA VALVUENA contra COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A. Rad. 110013105-033-2017-00718-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la parte accionada, COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de noviembre de 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora ANA INES VILLABONA VALVUENA promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD al Régimen de Ahorro Individual-RAIS efectuado por medio de la AFP PROTECCIÓN; que se declare que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES; que se ordene el traslado al RPMPD de la totalidad de los aportes realizados en el RAIS efectuados desde el 1 de julio de 1989, incluyendo rendimientos; que se ordene a COLPENSIONES a recibir el capital trasladado; que se condene en costas procesales a las demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 17 de enero de 1961 e inició sus aportes a pensión en el RPMPD en cabeza del Instituto de Seguros Sociales- ISS el 01 de junio de 1989 hasta el 01 de julio de 1996, fecha para la cual se trasladó al RAIS en la AFP PROTECCIÓN, entidad que omitió brindarle una información completa y clara sobre las consecuencias del traslado de régimen y las implicaciones económicas que tendría sobre su pensión, así como tampoco le dio a

conocer una proyección sobre el monto de su mesada pensional en cada régimen. Agregó que de acuerdo a las proyecciones pensionales, la diferencia entre la pensión que recibiría en el RAIS y en el RPMPD configuraría un grave perjuicio a sus intereses, máxime cuando al momento de la afiliación, la AFP PROTECCIÓN no le advirtió sobre la gran diferencia del monto pensional entre ambos regímenes. Aunado a lo anterior, expresó que el 14 de septiembre de 2018 elevó peticiones ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN para que procedieran a anular el traslado y a transferir sus aportes del RAIS al RPMPD, empero, PROTECCIÓN negó la solicitud por improcedente y COLPENSIONES guardó silencio (Fls. 2 a 10).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que el traslado de régimen pensional fue efectuado por la decisión libre de la demandante. Añadió que declarar la ineficacia del traslado sería ir en contra de la estabilidad financiera del RPMPD, en tanto la accionante realizó la mayoría de los aportes en la AFP PROTECCIÓN. Aunado a lo anterior, argumentó que la accionante no era beneficiaria del régimen de transición, ni tenía una expectativa legítima, situaciones que a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sí hacen viable la ineficacia. Para finalizar, adujo que no participó en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y PROTECCIÓN, por lo cual, las consecuencias no deben afectar a COLPENSIONES. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 60 a 70).

Mediante Auto del 08 de noviembre de 2018 se ordenó dejar sin efectos la notificación personal de PORVENIR S.A. en razón a que no fue demandada y requirió a la parte actora para que surtiera el trámite de notificación a PROTECCIÓN S.A. (fl. 95)

La AFP PROTECCIÓN S.A., una vez notificada, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para tal efecto que, la demandante suscribió el formulario de afiliación, luego de que recibió la información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente sobre los efectos jurídicos del traslado, las prestaciones del RAIS, las formas de acceder al reconocimiento pensional, las ventajas y desventajas de los regímenes, que en señal de ello, diligenció y firmó el documento del 07 de junio de 1996 por medio del que le informó al empleador su decisión. Formuló como excepciones de fondo las de «declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP Colmena hoy Protección S.A.», «buena fe por parte de la AFP Protección S.A.», «inexistencia de la

obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «prescripción» y «excepción genérica» (Fls. 106 a 111).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 25 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante ANA INES VILLABONA VALVUENA al RAIS el 11 de junio de 1996 por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A. Ordenó a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, comisiones y gastos de administración; condenó a PROTECCIÓN S.A. para que de ser el caso pague las diferencias entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPMPD; conminó a COLPENSIONES a adelantar toda la gestión necesaria para obtener el pago de tales sumas si hubiere lugar a ellas, y condenó en costas procesales a PROTECCIÓN S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que para el momento del traslado de régimen de la demandante, la AFP PROTECCIÓN tenía a su cargo el deber de información, puesto que aquel se deriva de la naturaleza de las AFP, como instituciones financieras. Adicionalmente, argumentó que el deber de información se constata con una asesoría completa sobre las características, desventajas, ventajas, riesgos y requisitos en cada régimen, con el fin de que exista un consentimiento informado por parte del afiliado. Agregó que la carga de la prueba le corresponde a la AFP, sin embargo, la AFP PROTECCIÓN no logró demostrar que le suministró a la demandante la información completa sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen, pues el formulario de afiliación no es prueba suficiente para dar por verificado el deber de información, aunado a la confesión ficta que se configuró por la ausencia del representante legal de la AFP PROTECCIÓN, advirtiendo que se tuvo por confesada la omisión de la AFP de brindar información a la demandante al momento del traslado, máxime cuando la AFP no allegó pruebas tendientes a derruir dicha confesión. Aclaró que en el caso no se discutió un error de derecho porque no fue objeto de debate la comprensión que tiene la demandante de la norma, sino la forma en la que ambos regímenes impactarían su futuro pensional por la omisión de la accionada de brindarle la información suficiente a la accionante. Finalizó argumentando que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto el contradictorio está relacionado con el derecho irrenunciable a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la

Constitución Política de Colombia.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los apoderados de las demandadas, PROTECCIÓN y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. La parte actora, solicitó la confirmación de la decisión.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A., apeló la decisión en forma parcial, en relación a la devolución de las cuotas de administración y seguros previsionales, dado que de acuerdo a la Ley 100 de 1993 los gastos de administración se causan en favor de las AFP por su labor de administración del capital de los afiliados. Añadió que en virtud del principio de igualdad entre las partes no es dable ordenar el reintegro de los gastos de administración, por cuanto cumplió su deber de administrar correctamente el capital de la demandante generando rendimientos para aquella, aunado a que esa labor no puede darse a título gratuito y que el reintegro de esos montos constituiría un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES. En relación a los seguros previsionales, argumentó que no es procedente su devolución, puesto que durante el tiempo de la afiliación esos dineros fueron utilizados para asegurar las contingencias de invalidez y muerte de la demandante.

La apoderada judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión con el fin de que se revoque en su totalidad, advirtiendo para tal efecto que, de conformidad con las sentencias C-1024 de 2004 y C-062 de 2010 de la Corte Constitucional, se debe propender por la protección de la sostenibilidad del RPMPD, dado que a pesar de la orden del A quo de efectuar todas las labores tendientes al pago de las cotizaciones efectuadas en el RAIS, esas condenas contribuyen con la descapitalización del sistema financiero del RPMPD, máxime cuando aún no existe un procedimiento para el cobro de los aportes de las personas que no cotizaron en COLPENSIONES. Finalizó advirtiendo que las condenas impartidas en contra de COLPENSIONES contravienen la ley, la cual busca salvaguardar los derechos pensiones de quienes sí han cotizado en el RPMPD.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo

anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 11 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 17 de enero de 1961, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2018, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a PROTECCIÓN y COLPENSIONES el 15 de septiembre de 2017 (fls. 13 a 14, 22 a 23), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según

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

las probanzas incorporadas a los autos, tenía 248.5 semanas cotizadas al ISS, equivalentes a 4 años y 10 meses (fls. 29 a 42), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 11 de junio de 1996 (Fl. 24, 112), específicamente, conforme al formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.

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

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 24 y 112), plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., éste 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 PROTECCIÓN S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (11 de junio de 1996), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a las recurrentes, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna 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 basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado 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 retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación como la consulta que opera en favor de

Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado ELADIO VARGAS TRUJILLO contra la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Rad 110013105-015-2019-00295-01

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la accionada PORVENIR contra la sentencia proferida por el Juzgado 015 Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de noviembre de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor ELADIO VARGAS TRUJILLO, pretende se declare que la AFP PORVENIR S.A. lo asesoró de manera errada e inadecuada sobre las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad del traslado efectuada a PORVENIR S.A., así mismo se ordene a trasladar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, los aportes, rendimientos y semanas cotizadas; y a COLPENSIONES aceptar el traslado. Finalizó solicitando se condene al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 11 de mayo de 1958; que se trasladó al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A. el 01 de enero de 1998, producto de una mala asesoría brindada por la AFP PORVENIR SA.; se le manifestó que no perdería ningún beneficio, que podría pensionarse antes de la edad

requerida, y que recibiría una pensión con un mayor monto al que tendría en el ISS. Precisó que ha cotizado un total de 1.200 semanas; que previó a cumplir 52 años no recibió por parte de PORVENIR S.A. asesoría respecto de la posibilidad de regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; puntualizó que el 20 de febrero de 2019, diligenció ante COLPENSIONES formulario de solicitud de traslado del RAIS; que el 20 de febrero de 2019 COLPENSIONES negó su solicitud al encontrarse a menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión; concluyó que de haber conocido la proyección económica de su pensión con anterioridad al traslado, no hubiera tomado tal decisión (Fls. 3 a 31).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La AFP PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones formuladas por el actor, y solicitó por el contrario, se absuelva de las mismas, en razón a que la afiliación fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, tal como se evidencia en la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico; del mismo modo afirmó que su representada le garantizó el derecho de retracto, al publicar en un diario de amplia circulación, el 14 de enero de 2004 la posibilidad con que contaban los afiliados de trasladarse entre regímenes; aseveró que pretende el demandante desconocer la prohibición contenida en el artículo 13 de la ley 100 de 1993. En cuanto a la ineficacia precisó, que sólo procede en situaciones o actuaciones dolosas, las cuales no se logran acreditar en la demanda, por tanto, no están llamadas a prosperar las pretensiones, concluyó que en los dos regímenes pensionales se destina el 3% de las cotizaciones, para cubrir los gastos de administración, y riesgos previsionales, por lo que no hay lugar a su devolución. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «excepción genérica» (Fl. 88 a 104).

A su turno La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, manifestó no constarle las pretensiones, primera, segunda y quinta; por cuanto desconoce si al accionante se le indujo en error, por parte de PORVENIR S.A. omitiendo su obligación de información; no obstante manifestó su oposición a la declaratoria de nulidad e ineficacia, por cuanto es dicha administradora privada la que debe probar en qué circunstancias se dio el traslado, por tal motivo se atiene a lo que se demuestre en el proceso por PORVENIR S.A. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de o no debido», «la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 110 a 116)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 03 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante, el 06 de noviembre de 1997, con efectos a partir del 1 de enero de 1998 a la administradora PORVENIR S.A.; en consecuencia ordenó a PORVENIR trasladar las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del accionante; y a COLPENSIONES recibirlas; igualmente ordenó a COLPENSIONES reactivar la afiliación del demandante y acreditarla como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos, como si nunca se hubiere trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que la AFP debe ilustrar frente a las características, condiciones, accesos, efectos de cada uno de los regímenes pensionales; lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Aseveró que la constatación del deber de información recae en las AFP desde su creación, teniendo el deber de informar a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin que estos pudieran adoptar una decisión consciente y realmente libre; por ello en el caso bajo examen la suscripción del formulario preimpreso de afiliación, no es suficiente para dar por demostrado el deber de información; a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado. Por otra parte, la carga de la prueba, al encontrarse bajo un supuesto negativo del accionante, que no puede demostrarse materialmente; corresponde a la AFP PORVENIR S.A. demostrar que brindó la información con tal diligencia que permita conocer las ventajas, desventajas del cambio de régimen, como riesgos y efectos negativos de su decisión; evento que no se logra acreditar en el caso que nos ocupa; toda vez que la única prueba que aduce la accionada, es el formulario de afiliación, no obrando en el plenario otra constancia que de fe, que al demandante se le brindaron aspectos mínimos de los modelos pensionales. Frente a la prueba de confesión con la declaración rendida por el demandante, no ocurrió, pues manifestó, que fue breve y sucinta la información que le brindaron al momento del traslado. Resaltó el despacho, que para el momento de su traslado ya contaba con más de 800 semanas, situación que no le fue informada al demandante, por parte del asesor comercial; no demostrando que cumplió con el deber de información. En cuanto a los gastos administrativos, explicó que son sumas que se pagan para cubrir pólizas frente a los riesgos de invalidez o muerte, al respecto precisó que no procede el traslado, toda vez que son sumas que en cada uno de los regímenes son recaudadas; además tienen derecho los fondos a tales montos para su funcionamiento, razón por la cual sólo se

trasladaron las sumas conformadas por lo aportes y rendimientos al momento del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la AFP PORVENIR, apeló la decisión, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, argumentando para tal efecto que la ineficacia del traslado de régimen, se da en determinados supuestos fácticos, que para el caso en concreto no se ajustan; toda vez que el accionante no es beneficiarios del régimen de transición; y la situación de unas semanas cotizadas no lleva a determinar que se haya configurado su situación pensional, o que se le vea cobijado bajo un régimen anterior, razón por la cual arguyó, no se puede determinar, que se le generó un perjuicio al momento del traslado de régimen pensional. Frente a la calidad del demandante en dicho traslado, como profesional en derecho, aseveró que lo pone en una condición beneficiada, no solo en el traslado, si no en la permanencia en el régimen, avizorando la capacidad y el consentimiento de los deberes que del mismo se desprenden; en cuanto a la insatisfacción respecto al monto de la mesada pensional, explicó que al estar sujeto a condiciones que se van a consolidar a futuro, no puede interpretarse como falta de información.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada PORVENIR S.A. solicitó revocar la sentencia en todas sus partes y como consecuencia se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el actor.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020

rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 32 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 11 de mayo de 1958, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el 11 de mayo de 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 20 de febrero de 2019 (Fls. 48), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos tenía con el tiempo laborado al INCORA y las cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, 611.57 semanas (fls. 34 a 37 y 44 a 46), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 06 de noviembre de 1997 (Fl. 47), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..

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

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (fol. 47), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

Es claro que de acuerdo con las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (06 de noviembre de 1997, (fl. 47), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado.

En este orden de cosas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (fl. 47), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contará con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido y con este alcance, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por XIOMARA SALAMANCA NIÑO contra COLPENSIONES, AFP PORVENIR y AFP PROTECCIÓN Rad. 110013105-035-2020-00007-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación incoados por la parte accionada, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas judiciales de la parte accionada, contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de diciembre de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora XIOMARA SALAMANCA NIÑO, promovió demanda ordinaria laboral, en la que pretende que se declare la anulación por ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual-RAIS, en cabeza de la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., ante la omisión en su deber profesional de información. Así las cosas, solicitó efectuar el traslado y afiliación a la administradora de pensiones COLPENSIONES como si nunca se hubiere trasladado en virtud del principio de favorabilidad; en consecuencia se ordene a la demandada a la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros que recibió con ocasión a la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, rendimientos que se hubieren causado, conforme el Artículo 1746 del Código Civil; del mismo modo solicitó, que en el evento de haberse otorgado la pensión por parte del fondo privado, previo al momento de dictar sentencia, continúe pagando, hasta tanto sean trasladados por la demandada todos los recursos a COLPENSIONES; así como a lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones el 19 de junio de 1984; que se trasladó al fondo privado de pensiones y cesantías HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 06 de enero de 1995, que el asesor del fondo privado se limitó a llenar un formato preestablecido, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendrá en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, versus las consecuencias negativas como las implicaciones sobre sus derechos pensionales. Agregó que no le entregó proyecciones, ni comparativos del valor pensional en ambos regímenes; así mismo omitió indicarle que si quería pensionarse en el fondo privado, de forma anticipada debía negociar el bono pensional, cuyo resultado sería una disminución en el valor pensional; del mismo modo aseveró que, omitió informar que de tener cónyuge, hijos menores de edad o con discapacidad el monto de su pensión, sería menor que en el régimen donde se encontraba; adicional a ello, enfatizó, que no se le informó de su derecho de retracto. y que publicó información que faltaba a la verdad. Informó que recibió asesoría por parte de PROTECCIÓN el 01 de diciembre de 2011, donde se le informó, que de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en PROTECCIÓN, donde se encuentra actualmente afiliada, su mesada sería de $828.177 y que de trasladarse a COLPENSIONES su mesada sería de $1.950.649; razón por la cual, solicitó ante COLPENSIONES la nulidad del traslado; petición que fue resuelta de manera negativa; así mismo lo solicitó con PORVENIR y PROTECCIÓN, pedido que fue igualmente negado (Fls. 01 a 36).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, solicitando se absuelva de las mismas; argumentó para tal fin, que en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento; del mismo modo, sostuvo, que no se encuentra nota de protesta, que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte de la demandante; caso contrario se encuentra de las documentales, sujetas a derecho, que la afiliación se dio de manera libre y voluntaria; aunado a ello, explicó que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, para poderse trasladar en cualquier tiempo; Formuló como excepciones de fondo las de, «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», « no procedencia a pago de costas e instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fls. 269 a 287).

Por su parte, PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, el demandante no aportó prueba que permita concluir que su voluntad de seleccionar régimen pensional, se vio coartada en algún momento; aseveró que su representada cumplió con el deber de información que le era oponible, al realizar un asesoría veraz, clara y oportuna; siendo el traslado de régimen pensional completamente válido, advirtió que no es dable ordenar la devolución de capital alguno de la cuenta del demandante. sin embargo, en el evento de acreditar la nulidad del traslado, la devolución de los rendimientos financieros y demás gastos, dejaría a demandante en una situación más favorable que la que tendría de permanecer en el Régimen de Prima Media, toda vez que recibiría dinero que no se generan en dicho régimen pensional, en contravención a lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, y a las restituciones mutuas, en la medida que estas sumas ya se extinguieron con la ejecución de las labores de administración. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe».

A su turno la AFP PROTECCIÓN S.A. se opuso a la declaratoria de la ineficacia del traslado, toda vez que sostuvo es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; observó que los formularios de vinculación suscritos por la demandante, demuestran que dicho acto se realizó de forma libre y expresa, la solemnización de su afiliación, en virtud del cual se generaron derechos y obligaciones; detalló que su voluntad estuvo libre de presiones y engaños, contando con suficiente ilustración, para optar por el traslado de régimen; razón por la cual, no puede la parte actora pretender la declaratoria de nulidad o ineficacia soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez. Propuso como excepciones de fondo las de: «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones», «innominada o genérica», «inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS» e «inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS».

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 01 de diciembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.; y en consecuencia ordenó a PROTECCIÓN entidad en la que se encuentra actualmente afiliada a actora, a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, junto con su rendimiento, así mismo condenó a

COLPENSIONES a afiliar a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a PROTECCIÓN.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que la demandante se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR en enero de 1995; así las cosas, advirtió que le corresponde a PORVENIR demostrar que le dio a la demandante información, para que adoptara la decisión que le fuera más favorable, en cuanto al régimen pensional; siendo la demostración de un consentimiento informado, el que tiene la virtud de generar la convicción de que este contrato de aseguramiento goza de plena validez. Resaltó que es obligación de las administradoras demostrar que hubo asimetría en la información, mediante los medios de convicción que permitan dar certeza de que al momento del traslado entre regímenes el afiliado contaba con todos los elementos de juicio, para decidir libre y voluntariamente; obligación que surgió desde el nacimiento de las aseguradoras, resaltando las implicaciones del traslado del régimen; teniendo la obligación del buen consejo, debiendo dar a conocer las diferentes alternativas, con beneficios e inconvenientes. Precisó que no hay información que permita concluir que la demandante, tuvo suficiente ilustración por parte de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., correspondiendo a ésta demostrar que le informó a la accionante sobre las ventajas y desventajas de permanecer o trasladarse de régimen, pese a lo dicho por PORVENIR de la asesoría brindada a la demandante en el año 2011, en la cual indicó que tras la proyección de mesada, se evidenció que económicamente no le convenía a la demandante permanecer en PROTECCIÓN y que pese a ello, la actora decidió permanecer en el Régimen de Ahorro Individual, no obstante, en los documentos allegados a folios 71 y 73, se avizora, que en esa oportunidad se señaló a la demandante todo lo contrario, que le convenía permanecer en PROTECCIÓN; así las cosas la asesoría en el 2011 tampoco logró acreditar que la accionante tuvo una correcta asesoría al momento del traslado; siendo claro para el despacho que PORVENIR, no brindó la asesoría adecuada a la demandante al momento del traslado. En cuanto a la declaración de ineficacia, explicó que se genera la obligación de retrotraer las cosas al estado en que se encontraban en precedencia, así, los fondos privados deberán trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar a COLPENSIONES.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión, solicitando sea revocada la sentencia en su totalidad; precisó para tal fin que la demandante se trasladó cuando contaba con 30 años, no encontrándose incursa en alguna causal de exclusión de dicho régimen, consagrada en el artículo 61 de la ley 100 de 1993; ni que diera lugar a un rechazo por parte del fondo de pensiones; respecto a los vicios del consentimiento, recalcó que no

se verificó ninguno, toda vez que el error de un punto de derecho no vicia el consentimiento, no lográndose acreditar que hubiera podido incurrir en un error de hecho al considerar que se encontraba realizando un acto jurídico distinto; respecto a la descapitalización del Régimen de Prima Media, argumentó que la corte, ha manifestado que un traslado en fecha cercana a adquirir el derecho a la pensión, descapitaliza el fondo común, resultando contrario al principio de equidad y de eficacia pensional; concluyó que las sentencias que han favorecido el traslado, han tenido en cuenta que el demandante sea beneficiario del régimen de transición y no una mera expectativa.

Por su parte, la apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., apeló la decisión respecto la condena de gasto de administración y de seguro provisional, argumento que para el tiempo que la demandante estuvo afiliada; estos fueron administrados con el mayor cuidado y diligencia, conforme a los rendimientos financieros adjuntos a la contestación; motivo por el cual, aseveró, respecto de las restituciones mutuas del artículo 1746 del Código Civil, aun si se declara la ineficacia o nulidad, no se puede desconocer que el bien administrado, produjo, frutos, mejoras y rendimientos financieros, producto de la buena gestión de PROTECCIÓN, al declararse esta devolución, estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante y el detrimento del patrimonio de PROTECCIÓN, sumas que no hacen parte de la cuenta de ahorro individual; sino por el contrario será un perjuicio a la demandada; adujo que el presente, no es no es el proceso para reconocerlo, si no un declaración de otra índole, porque sería como reconocer una póliza sin que existiera ningún tipo de siniestro. Frente a la condena de seguros provisionales, manifestó que PROTECCIÓN está imposibilitado, y tendría que asumirse a cargo de su propio patrimonio, lo que igualmente sería un enriquecimiento sin causa a la demandante y una vulneración al derecho a la igualdad que se asiste a su representada; resaltó que las negaciones indefinidas, no constituyen prueba; respecto de los perjuicios que se señalan, no se ve prueba de los elementos requeridos, para derivar la responsabilidad en cabeza de PROTECCION.

Asu turno la apoderada judicial de PORVENIR, interpuso recurso de apelación; argumentando que de acuerdo con el interrogatorio de parte, se pudo establecer cuál es la verdadera motivación del traslado a régimen pensional, que no obedece al incumplimiento al deber de información, que a su juicio no existía legalmente para 1995; si no que por el contrario la motivación es netamente económica, en la medida que la misma accionante lo manifestó: que tendría derecho a una mesada pensional mayor en COLPENSIONES que la que tendría en PROTECCIÓN, tan es así que se agregó un dictamen pericial en este sentido. Aunado a lo anterior, consideró que se ha impuesto en la sentencia obligaciones que no existían al momento del traslado, toda vez que la Ley 100 y sus decretos reglamentarios, no establecieron deber de información en cabeza de las administradoras, lo que reguló fue una afiliación libre y voluntaria; sin que de manera alguna pueda servir de fundamento

para declarar la ineficacia; en este sentido el artículo 271 es netamente sancionatorio y no sustancial, por lo tanto aseguró que no es dable la aplicación de dicha norma. Agregó que la demandante, incumplió con sus obligaciones, como consumidor financiero, y que ello no la exonere de responsabilidad; así mismo resaltó que la accionante realizó actos de relacionamiento los cuales explico deben tenerse en cuenta para efectos de revocar la sentencia, como lo fue el traslado horizontal que hizo a PROTECCIÓN; resaltó que teniendo la posibilidad de regresar a COLPENSIONES no lo hizo.

En lo referente a los gastos de administración, señaló que en el evento de que se confirme la decisión de instancia, solicitó se revoquen estos, toda vez que resulta contradictorio ya que su representada ya trasladó a PROTECCIÓN todo lo correspondiente a los dineros que se encontraban en la cuenta de ahorro junto con sus rendimientos; recalcó que si hubiera permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, hubiera tenido la misma obligación legal de destinar una parte del aporte para tal efecto, montos para los cuales sí debe aplicar el fenómeno prescriptivo; detalló que en el evento de declararse la ineficacia se deben aplicar los términos del decreto 3995 de 2008.

En cuanto a los perjuicios indicó, que existen 2 regímenes pensionales, que si bien establecen formas de financiación diferentes para las pensiones, ello no significa que se genere perjuicio alguno para los afiliados, en razón a que la tasación del derecho pensional se hace de acuerdo con las normas que regulan la materia y en ese sentido no es dable que por el hecho que la demandante pueda tener una pensión superior en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, signifique que las administradoras de los fondos de pensiones le hayan causado un perjuicio a la misma.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia. La parte actora, solicitó se confirme la decisión. PROTECCIÓN S.A. guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 84 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 27 de diciembre de 1964, por lo que cumpliría 57 años el mismo día y mes del 2021, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 26 de agosto de 2019 (fls. 73 a 75), es decir previo a la edad exigida para adquirir el derecho pensional, pero menos de diez años para alcanzarla; otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 439,43 semanas cotizadas a (fls. 48 y 49), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 06 de enero de 1995 (Fl.58), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.

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

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 55), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., éste 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 PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (06 de enero de 1995, fl. 55), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a las recurrentes, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es

una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna 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 basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado 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 retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación de los recurrentes como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MANUEL LEON BERRIOS contra COLPENSIONES Y AFP PORVENIR. Rad. 110013105-003-2019-00827-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación incoados por las entidades codemandas, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la parte accionada COLPENSIONES y PORVENIR S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de julio de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS)

ANTECEDENTES

El señor MANUEL LEÓN BERRIOS promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad de la afiliación efectuada en 1994 ante la AFP PORVENIR S.A.; toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información completa y oportuna; en consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior, como si nunca se hubiere trasladado en virtud del regreso automático, con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros actualizados, al igual que el bono pensional y lo que hubiere obtenido; así como a lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 16 de mayo de 1961, se trasladó al fondo privado de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. en 1994; explicó que cuenta con 1.470 semanas cotizadas, equivalente a 28 años 07 meses y 03 días; que comparando las simulaciones pensionales de los dos regímenes, se evidenció que la mesada pensional es ostensiblemente superior en el Régimen de Prima Media

con Prestación Definida; suma que equivaldría a $1.649.651 y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, su mesada pensional equivaldría a aproximadamente a $781.242. Concluyó que radicó derecho de petición ante COLPENSIONES el 17 de diciembre de 2018, solicitando la nulidad del traslado, petición que no ha sido resuelta (Fls. 03 a 10).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La AFP PORVENIR S.A, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, solicitando se absuelva de las mismas; argumentó para tal fin que el demandante se afilió libre y voluntariamente a la AFP PORVENIR S.A. después de haber sido asesorado ampliamente sobre las implicaciones de su decisión; posteriormente en 1994 ratificó su voluntad al trasladarse desde PORVENIR S.A. a COLPATRIA S.A. para luego retornar a PORVENIR S.A. en 1995; Adujo que el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación, y el demandante demostrando su voluntad de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Formuló como excepciones de fondo las de, «prescripción», «buena fe», «inexistencia la obligación», y «excepción genérica» (Fls. 58 a 80).

Por su parte la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, el accionante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; así mismo manifestó que no demostró la existencia de vicios del consentimiento que afectaran su decisión libre y voluntaria al efectuar los traslados horizontales, encontrándose válidamente afiliado a la AFP PORVENIR; abonado a ello, se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la ley 797 de 2003; que tal situación contraviene el principio de sostenibilidad financiera, generando una descapitalización en el fondo común. Formuló como excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adiciona el artículo 48 de la constitución política)», «inexistencia de la obligación de afiliación», «excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «prescripción», «presunción de legalidad de los actos administrativos» e «innominada o genérica» (Fls. 82 a 105).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 28 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en cabeza de PORVENIR S.A., así como de los traslados horizontales que se presentaron; para entender vinculado al accionante en forma válida, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo a la afiliación, como bonos pensionales, rendimientos financieros e intereses causados; del mismo modo condenó a COLPENSIONES a aceptar dicho traslado, y a activar la afiliación del accionante como si nunca se hubiese trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como a actualizar la información en su historia laboral.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que al demandante no se le brindó información veraz, completa, oportuna, clara y comprensible, acerca de las características de uno y otro régimen; puntualizó que la representante legal de PORVENIR, confesó que, en 1994, solo se le brindó al demandante información acerca de las características del Régimen de Ahorro Individual, porque según su dicho era la única exigencia que se tenía. Recalcó que el profesional que asesora respecto el cambio de régimen, ha de tener la iniciativa de proporcionar, todo aquello que resulte relevante para la toma de la 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 siendo suficiente la simple suscripción del formulario de afiliación; correspondiendo a las administradoras de fondos de pensiones, allegar prueba, sobre los datos proporcionados a los afiliados; se tiene que por proyección efectuada por PORVENIR al demandante, le corresponde una mesada pensional de un salario mínimo; conforme a la garantía mínima de la ley 1000, pese a que le informaron que iba a obtener una pensión mucho mayor que en el RPMPD, que se iba a pensionar a menor edad; no brindando información comprensible que le permitiera entender e interpretar la información. En cuanto al principio de sostenibilidad financiera, arguyó que no puede estar sobre los derechos fundamentales del demandante, como lo son; la igualdad, la seguridad social, el derecho a tener una pensión en condiciones dignas y justas; así las cosas, se tiene que desde la época de la fundación las AFP, efectivamente estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente, acerca de las características de uno y otro régimen pensional, logrado adquirir un juicio claro de las mejores opciones del mercado; puntualizó que el único medio de prueba que se allega, como lo es el formulario de afiliación, no es suficiente prueba para establecer que ese traslado, se dio de manera informada, ajustada a los parámetros de libertad informada,

precedida de información clara comprensible y suficiente, sobre las condiciones de su decisión, teniendo elementos de juicios suficientes para entender la decisión adoptada, encontrándose o no la persona en transición. En cuanto a la excepción de prescripción, resaltó que la finalidad de la declaratoria de la ineficacia del traslado, es el posterior reconocimiento y pago de la pensión de vejez, razón por la cual se tiene como imprescriptible

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión, solicitando sea revocada en su totalidad, exceptuando lo referente a la absolución a las costas; precisó que le genera incertidumbre, cuál es la información clara e idónea que había que brindarle al demandante, aun cuando en el interrogatorio de parte este manifestó que la información brindada fue clara y comprensible, entendiendo esta, como la formación de la idea, de las características del RAIS. Reiteró que no es claro, cuál debía ser la información idónea en el presente caso; argumentó que no puede interpretarse, que no se le brindó información, por cuanto tiene una idea clara de lo que se le dice; en lo referente a la educación del accionante, explicó que la información debía ser clara y comprensible, siendo suficiente la información brindada; así mismo frente al principio de sostenibilidad financiera, señaló que se afecta al permitir que afiliados que se encontraran a menos de 10 años de adquirir la edad de pensión, se trasladaran; concluyó que la afiliación del demandante es válida.

Por su parte, la apoderada judicial de PORVENIR S.A., apeló la decisión solicitando sea revocada en su integridad y en consecuencia se absuelva de las pretensiones incoadas en su contra; arguyendo que, la ineficacia es procedente cuando existan actos que afecten, impidan o atenten, contra la afiliación del trabajador, es decir cuando que realicen conductas dolosas que impidan la libre afiliación del posible afiliado; frente al formulario de afiliación, argumentó que no es un simple formato, por el contrario, es un documento público que se presume auténtico, en cumplimiento de la ley 100 en su artículo 14, cumpliendo de manera literal la norma, y no es dable restarle valor probatorio, cuando la ley exige la formalidad de esta prueba; donde el accionante expresa que la información fue clara y comprensible. Respecto de los cálculos actuariales, que se entregan al momento de la asesoría, en 1994, mencionó que no era un requisito sine qua non; del mismo modo, la proyección no hubiera tenido datos ciertos, en la medida, que el cálculo depende de circunstancias ajenas al fondo privado, tales como la vida probable del demandante y sus beneficiarios. Aunado a lo anterior, resaltó que se encuentra inmerso en la prohibición legal de la ley 797 de 2003, la cual prevé aspectos de nivel general, sobre el particular y la protección al sistema general

de pensiones y el sistema de sostenibilidad financiera, no siendo dable alegar falta de información por parte de su representada, por el hecho de que su plan de pensión no sea acorde a sus aspiraciones pensionales; así mismo recalcó que el transcurrir del tiempo ha aumentado el deber de información, con la doble asesoría que surgió en el 2016; manifestó que es por esto, que la información brindada en 1994, se dio acorde a las exigencias establecidas en la norma, aportando todos los medios probatorios exigibles en la época de los hechos; resaltó que los vicios del consentimiento se configuran en el tiempo, modo y lugar de su materialización, es decir al momento de la afiliación, momento en el cual el accionante no solicitó información, toda vez que fue clara y comprensible, por tanto es válida la afiliación.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron alegatos de conclusión indicando que no se logró demostrar que había una omisión del deber de brindar información clara, veraz y oportuna a la demandante, por ende, solicitaron que se revoque la sentencia de primera instancia. La parte actora, por su parte, solicitó que se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía

manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 12 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 16 de mayo de 1961, por lo que cumpliría 62 años el mismo día y mes del 2023, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES el 17 de diciembre de 2018 (fls. 14), es decir previo a la edad exigida para adquirir el derecho pensional, pero menos de diez años para alcanzarla; otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 7 semanas cotizadas a (fl.17), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 04 de mayo de 1994 (Fl.82), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 82), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (04 de mayo de 1994, fl. 82), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a las recurrentes, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución

de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna 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 basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado 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 retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación de los recurrentes como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARLENE HERNANDEZ ARIZA contra COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-030-2019-00374-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por las accionadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 30° Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de octubre de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora MARLENE HERNANDEZ ARIZA, pretende que se declare que la AFP PORVENIR S.A incumplió con su deber de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible, sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional; en consecuencia se declare igualmente nula e ineficaz la afiliación efectuada a PROTECCIÓN S.A., para que se tenga por válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES; por lo anterior se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; y a COLPENSIONES activar su afiliación, así como a recibir los aportes a pensión; finalmente se condene a las demandadas a lo ultra y extra petita, como a las costas y agencia en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el 15 de febrero de 1962; que inició sus aportes a seguridad social con el I.S.S. el 20 de julio de 1991; el día 08 de agosto de 1994 se afilió a LA AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, y posteriormente se afilió a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 23 de septiembre de 1999. Aseveró que a su lugar de trabajo se presentó un grupo de asesores comerciales de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, a fin de convencer a los trabajadores de tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional; agregó que el asesor le manifestó que el ISS se encontraba en graves problemas financieros y que permanecer en dicho régimen pondría en riesgo sus aportes pensionales; que los afiliados al ISS presentaban problemas para recibir su pensión debido al desorden administrativo de la entidad; así mismo le aseguró que recibiría una pensión de mayor valor a la que podría recibir en el ISS; precisó que la AFP no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y trasparente a fin de brindarle una información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado de régimen; del mismo modo precisó que no se le informó cual sería el monto de su pensión de vejez, mediante proyecciones objetivas que le permitieran tomar una decisión informada y consiente; así mismo informó que omitió informarle cuales serían las condiciones para acceder a una pensión superior a un salario mínimo mensual legal vigente, y acerca de la posibilidad de regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, antes de cumplir 47 años; informó que su IBC fue de $4.139.224, y que su mesada pensional con PORVENIR sería de $899.200, mientras que con COLPENSIONES sería de $2.607.745; concluyó que el 17 de diciembre de 2018 solicitó ante COLPENSIONES que procediera a realizar su afiliación, por cuanto existió vicios en su consentimiento en la afiliación al RAIS, solicitud que no fue resuelta (fls. 69 al 80).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, toda vez que, manifestó carecen de sustento legal, factico y normativo; argumentó que no se vulneró el derecho a la información a la demandante, por cuanto el asesor del fondo privado PORVENIR S.A., brindó la totalidad de la información; aunado a ello precisó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición; del mismo modo recalcó que no es procedente declarar que el contrato suscrito entre la demándate y PROTECCIÓN es nulo e ineficaz, conforme a las pruebas documentales aportadas al proceso, de las cuales se determina que el traslado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria; detalló la demandante se encuentra inmersa en la prohibición que establece la ley 797 de 2003 artículo 2 literal e; concluyó que de ordenar el traslado iría en contra del detrimento y descapitalización de su representada, y que al ser un contrato comercial

contaba con un terminó de 10 años para realizar dicha acción, so pena de declararse prescrita. Como excepciones de mérito, formuló las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe» e «innominada o genérica» (fls. 99 al 109). A su turno, PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a la pretensiones, declaraciones y condenas, por el contrario solicitó se absuelva de todas y cada una de ellas, arguyó para el efecto que la afiliación de la demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público que se presume autentico; así mismo precisó que siempre le garantizó el derecho de retracto, ya que el 14 de enero de 2004 publicó en el diario «el tiempo» un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con la ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito, presentó las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «genérica» (fls. 171 al 193 y 270 a 271).

La AFP PROTECCIÓN S.A., a su turno, contestó de la demanda, arguyendo que su representada asesoró a la accionante al momento de su afiliación respeto de todo el sistema general de pensiones colombiano, como de las características del RAIS y del RPM, las diferencias entre estos, y la forma de adquirir la pensión en cada una, así mismo de los aspectos necesarios para que pudiera tener claridad respecto de su panorama pensional para que pudiera tomar una decisión voluntaria, cumpliendo los requisitos de existencia y validez, motivo por el cual apuntó que produce efectos jurídicos; aseveró que no es posible afirmar que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS haga nula la afiliación, ya que dicha fórmula está consagrada en la Ley 100 de 1993 artículos 64, 80 y 81, no siendo viable la nulidad y/o ineficacia soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada de la pensión de vejez; advirtió que PROTECIÓN S.A. ya trasladó la totalidad de los aporte de la demandante a la AFP PORVENIR. Formuló como excepciones de mérito, las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones», «innominada o genérica», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» y «traslado de aportes» (fls. 205 al 219 y 239 a 253).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de octubre de 2020, declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante del ISS a PROTECCIÓN el 8 de agosto de 1994; en consecuencia declaró válidamente afiliada a la accionante a COLPENSIONES; condenó a PORVENIR a

devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y costos cobrados por concepto de administración desde el 13 de octubre de 1999, hasta que se cumpla su traslado, los cuales deberán ser indexados; ordenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores en la cuenta de ahorro individual, actualice la información en su historia laboral. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo que permaneció en dicha administradora, desde el 1° de septiembre de 1994 hasta el 12 de octubre de 1999, los cuales debe ser cubiertos con recursos propios de la administradora, debidamente indexados.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que si bien para la fecha del traslado de la demandante ya se encontraba vigente la ley 100 de 1993, y también el decreto 692 de 1994, la norma también establecía inicialmente que las personas no podían trasladarse dentro del régimen pensional, dentro de los 3 años siguientes a la primera vinculación, resaltó que no podían trasladarse entre aseguradoras del mismo régimen dentro de los 6 meses siguientes; manifestó que conforme al decreto en mención en su artículo 16, solo podrían trasladarse a otro régimen de pensión trascurrido 6 meses, con permanencia de mínimo de 3 años, así para la fecha del traslado, la demandante estaba afiliada al Régimen de Prima Media, es decir que debía respetarse un término de permanencia mínima en el régimen por lo menos 3 años a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, sin embargo eso no aconteció; señaló que es nulo todo acto o contrato que le falte alguno de sus requisitos que la ley prescribe para el valor de los mismos; sostuvo que si bien el traslado de la afiliación tuvo su objeto en una causa licita, no es suficiente para deducir que tenía los conocimientos suficientes para entender las implicaciones del cambio de régimen, viéndose afectado su consentimiento por el dolo, que tuvo el fondo de pensiones en su momento COLMENA hoy PROTECCION por intermedio de sus asesores, al no cumplir con el deber que establece el artículo 63 del Código Civil; señaló que no basta con señalar las ventajas, si no que debía indicar las ventajas y los beneficios que tenía en el RPM; aseveró que en el interrogatorio de la demandante, no se logra su confesión, por el contrario ratifico que le indicaron que el ISS se iba a acabar y tenía la posibilidad de perder sus aportes, explicó desde la misma creación del sistema pensional en Colombia se tiene que es una obligación de los fondos acreditar que consignaron la información suficiente sobre las implicaciones que traía consigo el traslado de fondo pensional y que las ineficacias de traslado deben analizarse a la luz de la ineficacia, la cual opera de pleno derecho; precisó que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Concluyó que en cuanto a la prescripción que el derecho pensional no prescribe, lo que prescribe son las mesadas pensionales, así las cosas, estas acciones son imprescriptibles.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de PROTECCIÓN, apeló la decisión parcialmente respecto del traslado a COLPENSIONES de los gastos de administración, durante el tiempo que la accionante estuvo afiliada, por cuanto manifestó, se trata de condiciones ya causadas durante la administración de los dineros y descuentos conforme a la ley, como contraprestación de una buena gestión; mencionó que se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, ya que no es un rubro destinado a la pensión de vejez de la demandante, y en el momento que solicitó el traslado a PORVENIR, PROTECCIÓN realizó el traslado de todos los rendimientos que se generaron en la cuenta de ahorro individual, adicional a ello indicó que no le asiste derecho a su representada, a no devolver este concepto como restitución mutua a su favor. Adicional a ello declaró que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, regula que en cada régimen se hace dicha deducción de 3%, motivo por el cual si la consecuencia de la ineficacia, es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en consecuencia los rendimientos que produjo tampoco se causaron; recalcó que COLPENSIONES no está legitimada a recibir sumas que nunca administró, no pudiendo desconocer que el bien administrado produjo unos rendimientos y unas mejoras; resaltó que en el tiempo que la demandante permaneció afiliada, estuvieron cubiertas las distintas contingencias; y frente a los gatos de administración opera la prescripción ya que no financian la prestación económica por vejez, siendo una condena en perjuicio de PROTECCION.

A su turno el apoderado PORVENIR interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque en su integridad la decisión emitida por el despacho; para ello resaltó que en la motivación de la sentencia de primera instancia se tiene el elemento del dolo, del cual procede una nulidad relativa, siendo una figura diferente a declarar la ineficacia del traslado del régimen, indicó que la existencia del dolo es un vicio del consentimiento que quien invoca debe acreditar su existencia. Recalcó que al momento de trasladarse de régimen al asesor le es imposible determinar que el monto de la mesada pensional va a ser cuantificable dentro del régimen de ahorro individual, porque hay muchos factores para su causación, no siendo posible poder determinarlo en la primera etapa del deber de información; adicional a ello, preciso que la demandante estaba empezando a construir su estatus pensional y no tenía un derecho configurado, motivo por el cual no se generó un perjuicio al trasladarse de régimen; así mismo precisó que el formulario de afiliación manifiesta la voluntad de la demandante, no siendo viable exigirle medios probatorios a la AFP diferente, ya que ello es partir de la mala fe de las administradoras, debiendo ser probado de quien lo invoca.

En cuanto a la condena en costas, observó que PORVENIR no tuvo incidencia en el traslado de régimen, toda vez que el traslado de régimen lo realizó otra aseguradora, precisó que la ineficacia no puede generar la devolución de gastos ni de rendimientos financieros porque son generados en el régimen de ahorro individual, reconociendo la existencia de la ineficacia solo para algunos efectos, lo que conlleva a un enriquecimiento sin justa causa; concluyo que respecto a los gastos de administración también contemplan el pago de seguros, al respecto afirmó que de la gestión que realizo la demandante se vio beneficiada, y no es dable que la no causación del siniestro conlleve a la devolución de los mismos, recalcando que son sumas que tienen una destinación diferente a la pensión.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada, solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia. La parte actora, solicitó por el contrario, su confirmación.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Pues bien, para resolver la controversia planteada es menester recordar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, «Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional», cuya aplicación desde luego, inició con la entrada en vigencia de la citada Ley, que para el caso de los trabajadores particulares, inició el 1° de abril del año 1994 y para los empleados territoriales comenzó a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en los términos del artículo 2° del Decreto 691 de 1994.

De igual manera, el inciso 7° del artículo 1° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1994, dispuso lo siguiente: «Quienes al 31 de marzo de 1994 se

encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado».

En este sentido, la demandante comenzó a configurar el derecho a la pensión estando vinculada al régimen manejado por el Instituto de Seguros Sociales a partir del 20 de julio de 1990, cumpliendo entonces con el presupuesto antes mencionado, es decir, que estaba vinculada al ISS, o en su defecto al RPMPD, para el año 1994 y cuando comenzó a cotizar con la AFP COLMENA a partir del 01 de septiembre de 1994 (fl. 261), cumplía con el presupuesto de estar afiliada antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993.

En este orden de ideas, para la Sala de decisión resulta claro que la actora debía entenderse inscrita en el régimen de prima media con prestación definida al momento de entrar en vigencia, para ella, la Ley 100 de 1993, de ahí que, el traslado efectuado el 08 de agosto de 1994 al RAIS en la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. (Fl. 30), se encuentra ajustado a derecho, pues como ya se indicó, en su condición particular podía trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo, sin estar sujeta a la prohibición de permanencia mínima de 3 años, aunado al hecho que, la vinculación y/o afiliación es una sola, permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado[1] y está sujeta «a una primera inscripción[2]», que en este caso ocurrió en el año 1981.

Por lo anterior, no hay lugar a dejar sin eficacia la afiliación por este puntual aspecto. De modo que, seguidamente se pasará a estudiar el segundo argumento que tuvo el a quo para declarar la ineficacia del traslado.

Para tal efecto, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable

en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia bajo esa óptica es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensiónales 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 03 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 15 de febrero de 1962, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 17 de diciembre de 2018 (fl. 57), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 140,86 semanas de cotización (fls. 32 a 36), no encontrándose en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 08 de agosto de 1994 (Fl. 30, 62, 224, 226, 260, 258), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.

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

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como poner 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 las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante no recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Fls. 30, 62, 224, 226, 260, 258),) plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., estos no constituyen 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 PROTECCIÓN S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen el 08 de agosto de 1994 (Fl. 30, 62, 224, 226, 260, 258), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto objeto de apelación, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores así como del valor de las primas de seguros previsionales, todo lo cual debe retornar y de manera íntegra al Régimen de Prima Media que administra Colpensiones, lo cual

legitima su reclamo y además porque pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020),

Desde luego que, tampoco le asiste razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de igualdad y sostenibilidad financiera con los demás afiliados, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, cuotas de administración, 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, las cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual. Advirtiéndose, si COLPENSIONES considera que con la decisión se le causarán perjuicios económicos por parte de PROTECCIÓN, podrá iniciar las acciones administrativas o judiciales que considere pertinentes.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, es claro que esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas en estricto sentido las AFP accionadas, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se confirma la decisión en este aparte de la sentencia.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GERMÁN RODRÍGUEZ ZAPATA contra COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-031-2020-00107-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el accionante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 31° Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES

El señor GERMÁN RODRÍGUEZ ZAPATA, pretende que se declare la anulación por ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual -RAIS, en cabeza de PORVENIR S.A., en consecuencia, se ordene el traslado y afiliación a COLPENSIONES como si nunca se hubiera ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad; por lo anterior se ordene a PORVENIR SA realizar la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, rendimientos causados, conforme lo dispone el artículo 1746 del código civil, o cualquier otro que se hubiere generado en aplicación del artículo 963 del mismo código; igualmente solicitó que se condene a PORVENIR S.A. en caso de haberse otorgado la pensión, a seguir pagándola hasta que se dicte sentencia y se trasladen los recursos a COLPENSIONES; así como las costas procesales que incluyan agencias en derecho; como de lo estipulado en el artículo 365 del C.G.P, y lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 15 de noviembre de 1982; que se trasladó

a COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., el 29 de abril de 1995, como consecuencia de la publicidad realizada por este fondo; aseveró que al momento de la afiliación el promotor se limitó a llenar un formato preestablecido, sin entregarle información completa veraz, adecuada y suficiente respecto de las prestaciones económicas, beneficios que obtendría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, versus las consecuencias negativas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado y sus implicaciones sobre sus derechos pensionales, sin entregarle proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de su mesada pensional en cada uno de los regímenes, como también omitió informarle hasta que edad debe cotizar a fondo privado y con qué salarios para alcanzar una pensión de vejez igual o equivalente a la que recibiría en COLPENSIONES; así mismo omitió informarle que si quería pensionarse en el fondo privado anticipadamente debía negociar el bono pensional, situación que le disminuiría el valor pensional; precisó que no le informó que de tener cónyuge, compañero permanente, hijo discapacitado o menor de edad, el monto de su pensión sería menor que en el régimen donde se encontraba afiliado; así mismo omitió informarle de su derecho de retracto; faltando a la verdad y ocultando la misma; añadió que en el evento de no haberse trasladado en monto de su pensión sería de $2.718.886, mientras que en el fondo privado PORVENIR el valor sería de $1.069.761; concluyó que solicitó ante COLPENSIONES la anulación del traslado, solicitud resuelta de manera negativa (fls. 2 al 36).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada PORVENIR contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, declaraciones y condenas, por el contrario solicitó se absuelva de todas y cada una de ellas; para el efecto argumentó que la afiliación realizada por el accionante en 1994 al fondo de pensiones COLPATRIA fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorado ampliamente sobre las implicaciones de la afiliación y de indicarle sus condiciones pensionales individuales: resaltó que ello se aprecia en la solicitud de vinculación No 307 documento que se presume auténtico; afiliación que fue ratificada en el año 2002 al vincularse libremente a PORVENIR S.A. momento en el cual también se le otorgó toda la información pertinente para que fuera consciente de las implicaciones de su decisión; agregó que PORVENIR S.A. el 14 de enero de 2004 publicó en el diario «el Tiempo» un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad de trasladarse entre regímenes de conformidad con la ley 797 de 2003; aseveró que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, así mismo resaltó que no es beneficiario del régimen de transición; y manifestó que en el Régimen de Prima Media de igual forma se destina un 3% de la cotización a financiar, además argumentó que estos no

hacen parte integral de la pensión de vejez por ello están sujetos a la prescripción. Como excepciones de fondo, formuló las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «excepción genérica».

A su turno, COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a la declaratoria de anulación por ineficacia, toda vez que el demandante no probó causal alguna de que la afiliación es nula e ineficaz, por cuanto cumple con los presupuestos legales para su existencia; agregó que el demandante para el 01 de abril de 1994, no contaba con 15 años de cotización, en consecuencia no podrá retornar al Régimen de Prima Media conforme las sentencias C -1024 de 2004, SU- 062 de 2010 y SU-130 de 2013; abonado a ello, consideró que se encuentra prescrita pues se desprende de la circunstancia de la que se ha superado el plazo de los tres años previsto en el artículo 151 del CPTSS o bien el de cuatro años previsto en el artículo 1750 del Código Civil en el caso de las nulidades relativas de los actos jurídicos. Como excepciones de mérito, presentó las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «buena fe» e «innominada o genérica».

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de noviembre de 2020, absolvió de todas las pretensiones incoadas por el demandante a COLPENSIONES; en consecuencia, condenó a la parte accionante al pago de costas y agencias en derecho.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, encontró acreditado que el accionante se encuentra afiliado a PORVENIR desde el 01 de mayo de 1994; que la libertad de escogencia de régimen presupone conocimiento, de allí que correspondía a las administradoras dar fe, que informaron los efectos que se producen al efectuar el cambio de régimen; así mismo explico que las firmas en los formatos pre impresos no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, que a lo sumo acredita un consentimiento, pero no informado. Señaló en tal sentido, que en el caso en concretó, en el interrogatorio absuelto por el demandante, este manifestó que junto con su contrato de trabajo, le hicieron entrega del formato de afiliación, afirmación en sentir de la a quo era falsa toda vez que este laboraba en la empresa desde el 30 de septiembre de 1993, por lo que es falso que comenzara a laborar en 1994; del mismo modo indicó el actor conocer que la pensión era del 75% o 80% por ciento del salario de los últimos 10 años, por lo que consideró evidente que si tenía información; aunado a ello indicó que el demandante suministro los datos de los beneficiarios en el evento

de su fallecimiento; del mismo modo señaló que él siempre ha tratado que su sueldo no baje porque tiene conocimiento que eso repercute en su pensión; que el demandante comentó que sólo hasta el 2012 se le brindó información pensional, sin embargo no es el único formulario que firmó con PORVENIR, pues en el año 2000 firmó un formulario, en el cual aparece el derecho de retracto, y confesó que se le dio asesoría, adicional a ello firmó otro formulario con PORVENIR en el año 2002. De igual modo, señaló, de la documental aportada con el demandante, pese a que la desconoció en su interrogatorio, en el que autoriza a PORVENIR a realizar un trámite con un bono pensional; resaltó que el demándate es una persona proclive a mentir; por tal motivo concluyo que PORVENIR logró acreditar que si brindó información conforme al momento histórico en que se realizó el traslado el 29 de abril de 1994, con ni siquiera 1 mes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1994, por lo que no se podía exigir a la AFP COLPATRIA que le diera aplicación a normatividad que comienza en la época de los 2000.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte accionante, apeló la decisión de primera instancia solicitando se revoque la sentencia de primera instancia; argumentó que la Corte ha establecido que para el momento del traslado, este debe ser trasparente y debe cumplir con el literal D del artículo 13 de la ley 100 de 1993; manifestó que la AFP no logró acreditar que le suministro información; que si bien es cierto que el demandante indicó que tuvo una asesoría en el año 2000, esta fue frente de algunas características, más no información completa del traslado de régimen; y que no le manifestaron que existía una edad límite para hacer el traslado; no obrando prueba donde se acredite cual fue la información que se le brindó al momento del traslado; concluyó que no solamente se trataba de adherirse a un formulario de afiliación si no de suministrarle elementos de juicio suficientes para el traslado.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. presentaron alegatos de conclusión solicitando sea confirmada la sentencia de primera instancia. La parte actora, por su parte solicitó en similares términos a los de la alzada, que sea revocada y se acceda a las pretensiones.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad

y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensiónales 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 servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 82 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 30 de agosto de 1961, por lo que la edad de 62 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLPENSIONES el 02 de octubre de 2019 (Fls.76 a 78), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar

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

la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 368,29 semanas de cotización (fls. 48 a 50 vto.), no encontrándose en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 29 de abril de 1994 (Fl. 56), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la extinta AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como poner 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 las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante no recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que, contrario a lo que concluyó la Juez A Quo, en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 56) plasmado en el formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., estos no constituyen 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 PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos, por el contrario, indicó que recibió información parcializada sobre el RAIS y el hecho que posteriormente se le hayan

precisado algunas nociones sobre dicho sistema pensional, ello no valida el acto inicial de afiliación.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen el 29 de abril de 1994 (fl. 56), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, resultan procedentes las consecuentes pretensiones, como la devolución de las cuotas de administración, los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores así como del valor de las primas de seguros previsionales, todo lo cual debe retornar y de manera íntegra al Régimen de Prima Media que administra Colpensiones, lo cual legitima su reclamo y además porque pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020),

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen. De igual forma, es menester precisar, el hecho de que la actora hubiese efectuado traslados entre AFP´s, 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 se trató de traslados los cuales fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial así como el hecho de no haberse orientado sobre las características propias del RAIS al momento del inicial traslado de régimen, que es lo que debe acreditarse al tenor de las citadas sentencias de tutela. En esa misma orientación, advierte la Sala, que a pesar de que la AFP PORVENIR brindó una asesoría antes de que la demandante cumpliera la edad, ello no subsana la deficiencia en la información inicial que es lo que se reclama en estos juicios.

En esa línea, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando la demandante debidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y en consecuencia deberá la AFP PORVENIR S.A., por ser la AFP a la que se encuentra actualmente vinculada el demandante, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por la accionante, junto con sus rendimientos, los gastos de administración, y los valores de los seguros previsionales, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento.

En ese sentido, se REVOCARÁ la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primera instancia correrán a cargo de la accionada AFP PORVENIR S.A.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar, se declara la INEFICACIA del traslado y la afiliación efectuada por el señor GERMÁN RODRÍGUEZ RODRIGUEZ ZAPATO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, ante la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. el 29 de abril de 1994; y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, incluidos los gastos de administración y el valor de los seguros previsionales, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia corren a cargo de la accionada AFP PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GLADYS AURORA CORTES CORTÉS contra COLPENSIONES, AFP PORVENIR y AFP PROTECCIÓN Rad. 110013105-004-2019-00252-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación incoados por la parte accionada, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas judiciales de la parte accionada COLPENSIONES y PORVENIR S.A, contra la sentencia proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de noviembre de 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS)

ANTECEDENTES

La señora GLADYS AURORA CORTES CORTÉS, promovió demanda ordinaria laboral, en la que pretende que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en cabeza de la AFP PROTECCIÓN S.A., por cuanto no se hizo de manera libre y voluntaria. Así las cosas, solicitó se declare que existió vicio en su consentimiento por falta de información cierta, clara y oportuna a la firma del formulario; en consecuencia se declare que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe ordenar el traslado, y enviar el valor de los saldos o aportes pensionales a COLPENSIONES que se hayan consignado en la cuenta pensional, junto con los rendimientos que se hubieren causado, cobros y gastos de administración; del mismo modo solicitó, declarar que COLPENSIONES debe aceptar su afiliación como si nunca hubiere existido traslado. Finalizó solicitando se declare, que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe reconocer y pagar la suma de 50 (SMVM) de conformidad con el artículo 13 literal b y 271 de la ley 100 de 1993; así como a lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó, que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones en el año 1991; que permaneció afiliada a COLPENSIONES hasta el año 2001, fecha en la que trasladó al fondo privado PROTECCIÓN S.A; señaló que el asesor se limitó a llenar el formulario, para que lo firmara; recordó que el asesor le manifestó que se podría pensionar en un tiempo menor, sin inferir en el monto de la mesada pensional; le indicó que al trasladarse no perdería beneficios pensionales del Régimen de Prima Media; así mismo omitió realizar una proyección o simulación de su futuro pensional en cada uno de los regímenes. Informó que el 03 de diciembre de 2009 radicó ante ING solicitud del traslado de aportes pensionales al ISS hoy COLPENSIONES; el ISS le dio la bienvenida el 29 de enero de 2010; el 8 de julio de 2015 COLPENSIONES certifica que se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media desde el 31 de enero de 1991; no obstante señaló que el 14 de agosto de 2015 la AFP PROTECCIÓN hizo constar que se encontraba afiliada a este fondo privado desde el 29 de mayo de 2003, constancia que ratificó el 28 de abril de 2016, y el 27 de febrero de 2018. Anotó que al momento de su traslado al fondo privado, el asesor de la AFP PROTECCIÓN S.A., realizó una indebida orientación que indujo expectativas irreales respecto de su derecho pensional, siendo evidente que el régimen al cual iba cotizando le era más beneficioso; insistió en que la AFP no suministró una información completa, comprensible, veraz, objetiva y detallada de las características de cada régimen, como sobre las ventajas y desventajas o beneficio que acarrea trasladarse, omitiendo su deber de información; afirmó que su grado de escolaridad no exonera a la AFP PROTECCIÓN S.A. de su obligación de brindar la adecuada información; concluyó que el 14 de diciembre de 2018 solicitó ante COLPENSIONES la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, solicitud que fue resuelta manera negativa (Fls. 02 a 27 y 56).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; en especial a las declarativas 1,2,7 y 8 y a las condenatorias 1,2,7 y 8; argumentó que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen; adujo que si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó la asesoría, no es menos cierto que la accionante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características de dicho régimen, con ocasión a la información brindada por parte de los asesores de la AFP; agregó que de las documentales allegadas al proceso, no obra prueba tendiente a demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento al momento de la afiliación; señaló que la demandante debió consultar su situación pensional como consumidora financiera; por tanto aseveró

que la accionante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por cuanto fue libre y voluntaria; añadió que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003, toda vez que contraría el principio de sostenibilidad financiera del sistema, lo que ocasiona una descapitalización del fondo común administrado por COLPENSIONES. Formuló como excepciones de fondo las de, «falta de legitimación en la causa por pasiva», « improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen», « inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política)», «inexistencia de la obligación de afiliación», «excepción error de derecho no vicia el consentimiento», « buena fe», « prescripción», «presunción de legalidad de los actos jurídicos» e «innominada o genérica» (Fls. 78 a 87).

A su turno, la AFP PROTECCIÓN S.A. dio contestación a la demanda con oposición a la declaratoria de nulidad del traslado, argumentó que el contrato de afiliación celebrado entre PROTECCIÓN y la demandante es válido, por cuanto existió la manifestación de su voluntad sin existir vicio en su consentimiento; asimismo, destacó que no se le ocultó información previó a la afiliación, agregó que la demandante se trasladó a PROTECCIÓN en un acto libre, voluntario, e informado el 29 de mayo de 2003, posterior al traslado que efectuó la accionante a la AFP PORVENIR el 26 de abril de 2001; precisó que el formulario de afiliación suscrito por la demandante contaba con la información requerida para el efecto conforme el artículo 11 del decreto 692 de 1994. Adicional a ello puntualizó que la afiliación se llevó a cabo en el 2003 y la demanda se presentó en el 2019, motivo por el cual sostuvo que ocurrió el fenómeno de prescripción de la acción rescisoria; así como la acción laboral de tres años prevista en el código 151 del código procesal del trabajo; concluyó que no se está frente a un vicio del consentimiento puesto que solo se presumen en los casos previstos en la ley. Propuso como excepciones de fondo las de: «validez de la afiliación al RAIS con PROTECCIÓN», «buena fe», «inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 116 a 131).

La AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones declaraciones y condenas, por el contrario solicitó se le absuelva de todas y cada una de ellas, para tal efecto arguyó que el traslado fue efectuado por la accionante de manera libre e informada, después de haber sido asesorada sobre las implicaciones de su decisión, así como del funcionamiento del RAIS, y sus condiciones pensionales individuales, resaltó que ello se aprecia en la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de La ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico; adicional a ello, aseveró que para el momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no había ingresado a su patrimonio ningún derecho pensional consolidado,

de manera que no existe razón jurídica ni fáctica para que PORVENIR S.A le impidiera ejercer su derecho a la libre elección de régimen. Propuso como excepciones de fondo las de: «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» e «innominada o genérica» (Fls. 159 a 195).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 23 noviembre de 2020, declaró la nulidad de la afiliación que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR SA. y actualmente a la AFP PROTECCIÓN S.A., para tenerla como válidamente afiliada a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES; en consecuencia, condenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, con sus correspondientes rendimientos; así mismo ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que de las pruebas allegadas al proceso, no se puede colegir que la AFP PROTECCIÓN hubiera desplegado alguna actuación con el fin de demostrar que en el año 2001 fecha del traslado de la demandante, le hubiere suministrado algún tipo de información adicional, de la que reposa en el formulario de afiliación, el cual no contiene información relevante de la situación pensional de la demandante; resaltó que el deber de información necesaria y suficiente surgió desde la misma creación de los fondos, conforme el Decreto 663 de 1993; en cuanto a la condena solicitada por la accionante al pago de los 50 SMLMV, como consecuencia de la conducta desplegada en contra de la accionante de no proporcionar una información completa y comprensible en cuanto al traslado de régimen, precisó que conforme al artículo 271 de la ley 100 de 1993 establece que estas sanciones son con destino al fondo de solidaridad pensional, o a la subcuenta del fondo de solidaridad, pero no al afiliado como se solicitó en el presente asunto, por ello absolvió a la demandada del pago de la misma; agregó que la AFP PORVENIR S.A. fue vinculada al proceso, toda vez que la demandante estuvo vinculada a la misma del 2001 al 2003, motivo por el cual declaró que esta nulidad también cobija el periodo en mención; en cuanto a la prescripción, precisó que la acción de nulidad del traslado no está sometida al término de prescripción en materia laboral, por corresponder a un asunto relacionado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, razón por la cual resulta imprescriptible y someter su reclamación a un periodo determinado afectaría gravemente los derechos fundamentales de la trabajadora.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de PORVENIR S.A., apeló la decisión, solicitando se le absuelva de las pretensiones; precisó para tal efecto, que la afiliación de la demandante hacia PORVENIR S.A es válida, por cuanto el formulario de afiliación no fue tachado de falso, motivo por el cual sigue siendo un documento válido, que se presume auténtico; agregó que la ineficacia que se declara es la contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, que habla de impedir o atentar, ello supone un dolo que no fue probado dentro del proceso. Precisó que respecto a la afirmación del fallador de primera instancia, de que «no existen documentos que prueben esa información que se brindó en el 2001 a la demandante», resaltó que para la época de la asesoría era de manera verbal, aduciendo que le imponen cargas diferentes, a las administradoras de las previstas, que no pueden generar o fabricar, como tampoco allegar a un testigo que estuvo en el momento de la afiliación o el asesor, siendo una carga imposible de sostener, mientras que solo con el dicho de la demandante se declara la ineficacia. Argumentó que su representada obró bajo la ley, la cual solicitaba un formulario de afiliación, que, si bien la jurisprudencia ha cambiado, debe ser tomada la carga de la prueba vigente para el 2001, momento en que se realizó la afiliación. Así mismo precisó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en la ley 797 de 2003, que protege el sistema general de pensiones y la no descapitalización del Régimen de Prima Media, por tanto observó que no es dable que la demandante se escude en una falta al deber de información, simplemente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones; además de ello resaltó que la accionante es una consumidora financiera, que tiene el deber de informarse adecuadamente sobre el sistema general de pensiones, y esta negligencia por más de 20 años, advirtió no puede ser cargada a su representada, toda vez que esta cumplió con su deber legal para el año 2001; además de ello resaltó que los hechos de la demanda están dirigidos para PROTECCIÓN no hacía PORVENIR, motivo por el cual sostuvo, se genera un fallo, donde el principio de congruencia no existe, ya que la demandante no hizo una demanda acorde a la afiliación efectuada en el año 2001, y no se allegó ninguna prueba conforme al artículo 167 del CGP.

Por su parte, la apoderada judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia en su integridad, respecto de los puntos de condena que afectan a la entidad; arguyó para el efecto que la demandante guardó silencio por más de 18 años, respecto de la información que le fue suministrada por PORVENIR, lo que permite inferir un abandono respecto de su asunto pensional, aseveró que es indiscutible que conforme al interrogatorio de parte la demandante efectuó el traslado de manera libre y voluntario, no pudiendo probarse una falta de asesoría. Así mismo precisó que como consumidora financiera, la demandante faltó a su deber de diligencia y cuidado conforme al decreto 241 de 2010, puesto que nunca se acercó a los canales de información, sino que decidió permanecer en el Régimen de

Ahorro Individual con Solidaridad; ratificando su voluntad al realizar una afiliación a la AFP PROTECCIÓN en el año 2003. Precisó que respecto la afirmación de la demandante, que «el ISS se iba a acabar», conforme el decreto 211 de 20120 COLPENSIONES entró en operación y desarrollo las funciones del ISS, y que la demandante tuvo la oportunidad de afiliarse, no obstante ratificó su voluntad y permaneció en el RAIS; del mismo modo recalcó que se afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de las garantías de los afiliados que sí cotización a lo largo de su vida, así como el principio de equidad y de eficiencia pensional.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron alegatos de conclusión indicando que no se logró demostrar que había una omisión del deber de brindar información clara, veraz y oportuna a la demandante, por ende, solicitaron que se revoque la sentencia de primera instancia. La demandante guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por

consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 53 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 01 de enero de 1957, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2014, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES el 14 de diciembre de 2018 (fls. 35-36), es decir posterior a la edad exigida para adquirir el derecho pensional; otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 142 semanas cotizadas a (fls. 90 y 99), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 26 de abril de 2001 (Fl.197), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado,

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

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 las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró

acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 197), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste 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 PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (26 de abril de 2001, fl. 197), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, no la nulidad como lo concluyó el a quo, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le asiste razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de igualdad y sostenibilidad financiera con los demás afiliados, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, las cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida,

pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De igual forma, no tiene incidencia alguna 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 basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado 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 retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado, para en su lugar, establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un TRASLADO INEFICAZ. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR en ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un TRASLADO INEFICAZ, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos allí consignados. En lo demás se confirma la decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado LUIS REINALDO CALA CALA contra COLPENSIONES y AFP COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-021-2019-00534-02.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación incoado por la demandada COLPENSIONES, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de enero de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor LUIS REINALDO CALA CALA promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual-RAIS por la AFP COLFONDOS S.A. por haber sido ilegal, en consecuencia, se declare que está válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD y se condene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados en el RAIS durante el periodo comprendido entre el 01 de octubre de 1994 hasta el 30 de abril de 1997, junto con los rendimientos financieros. Que se condene a COLFONDOS al pago de dichas sumas debidamente indexadas y a las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que inició cotizando en el RPMPD en cabeza de la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL mientras laboró en el Departamento Administrativo de Seguridad desde el 11 de diciembre de 1985 hasta el 9 de marzo de 1993 y en la Procuraduría General de la Nación desde el 10 de marzo de

1993 en adelante, entidad en la cual recibió una asesoría grupal de la AFP COLFONDOS, quien les aseguró que tendrían un mejor régimen pensional y que conservarían el régimen de alto riesgo, esto es, que se podría pensionar con 20 años de servicio, sin importar la edad, por lo cual suscribió formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS el día 26 de julio de 1994. Sin embargo, manifestó que poco tiempo después de realizado el traslado del régimen se percató de que COLFONDOS había suministrado una información errada acerca del RAIS, por ello, el 26 de diciembre de 1996 elevó petición de desafiliación ante COLFONDOS solicitando que devolvieran sus aportes a CAJANAL o al ISS. Que por escrito manifestó al empleador su voluntad de regresar a CAJANAL, por ende, a partir del 1 de mayo de 1997 pagó los aportes pensionales a dicha entidad. Explicó que realizó cotizaciones a pensión hasta el 13 de mayo de 2006 y que desde enero de 2019 intentó afiliarse a COLPENSIONES, no obstante, la entidad negó su afiliación argumentando que según el SIAFP aparecía afiliado a COLFONDOS desde el 26 de julio de 1994. Ante la situación, acudió ante COLFONDOS para solicitar la corrección del SIAFP, quien le respondió que desde abril de 1999 trasladó sus aportes a COLPENSIONES correspondientes a 132 semanas. Asimismo, acudió ante ASOFONDOS solicitando la actualización del SIAFP, quien respondió que según la información suministrada por COLFONDOS estaba afiliado allí desde el 26 de julio de 1994. Aseveró que el 17 de enero de 2019 elevó solicitud de afiliación ante COLPENSIONES, quien negó el pedimento arguyendo que debía acudir ante la jurisdicción para anular el traslado de régimen. Añadió que el 21 de enero de 2019 reiteró la solicitud de corrección de historia laboral ante COLFONDOS, entidad que argumentó que por petición de ASOFONDOS hecha en noviembre de 2011, realizó la reconstrucción del historial de vinculaciones, sin embargo, que aquella entidad omitió indagar ante la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL, hoy, UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES-UGPP. Concluyó que hasta la fecha no ha sido desafiliado de COLFONDOS y que en contra de su voluntad permanece afiliado a dicha entidad (Fls. 1 a 17).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que el demandante se afilió válidamente a la AFP COLFONDOS S.A, que no acreditó que se le hubiese hecho incurrir en un error o que hubiera operado algún vicio en el consentimiento, verbigracia, error, fuerza o dolo en la afiliación a dicha administradora privada, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad. Que al momento de la afiliación el accionante no hizo ninguna observación sobre constreñimientos o presiones indebidas en su contra, así como que cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para trasladarse de régimen pensional en cualquier momento. Formuló como excepciones de fondo las de «descapitalización del

sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fls. 86 a 104).

Por su parte COLFONDOS S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando para tal efecto que, el demandante recibió una asesoría integral y completa sobre las implicaciones del traslado del régimen pensional. Arguyó que no se acreditó ninguna causal de nulidad de las estipuladas en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, en tanto, el demandante firmó con su puño y letra el formulario de afiliación. A su vez, afirmó que no es dable declarar la nulidad de un acto jurídico válido, celebrado hace más de 20 años por cuanto en la oportunidad para manifestar sus inconformidades no lo hizo. Aclaró que el 19 de noviembre de 1998 aprobó la solicitud de traslado hecha el 10 de noviembre de 1998 por parte del ISS, no obstante, en noviembre de 2011 se realizó la reconstrucción del historial de vinculaciones y se determinó que el demandante estaba válidamente afiliado a COLFONDOS S.A. desde el 26 de julio de 1994. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «buena fe», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad», «ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado» y «compensación y pago» (CD Fl. 125).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 28 de enero de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el accionante al RAIS por medio de la AFP COLFONDOS S.A., el 26 de julio de 1994 y lo declaró válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD, administrado por COLPENSIONES; así pues, condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió como cotizaciones, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros, dineros destinados para la garantía de pensión mínima y gastos de administración, sin deducción alguna, para lo cual concedió un término de un (1) mes.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, aclaró que de conformidad con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 813 de 1994, COLPENSIONES es el competente para reconocer y pagar las pensiones de los afiliados a las cajas de previsión hoy extintas, tales como CAJANAL, por ello, precisó, que COLPENSIONES es la encargada de recibir la afiliación del demandante. Señaló que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha

establecido que para que presuma la validez del traslado de régimen es necesario que el afiliado haya recibido una asesoría integral y completa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de tal traslado, de modo que pueda elegir de manera informada la mejor opción para su futuro pensional. Asimismo, aseveró la AFP es la encargada de desvirtuar el supuesto negativo del afiliado de no haber recibido información clara, oportuna y veraz al momento de su traslado de régimen. En consonancia con lo anterior, la A quo encontró que COLFONDOS S.A., no cumplió con su deber de brindar una información clara, oportuna, suficiente y veraz al demandante, precisando que la suscripción del formulario de afiliación no basta para acreditar que tal deber fue cumplido y que según la prueba testimonial no se brindó la información completa sobre las ventajas, desventajas y riesgos del traslado, máxime teniendo en cuenta que la asesoría fue grupal y no personalizada. Resaltó que se acreditó que el accionante siempre quiso pertenecer al RPMPD en cabeza de CAJANAL, en virtud a que siempre tuvo la convicción de que se había efectuado su desafiliación a COLFONDOS en el año 1997, la misma que no fue tramitada por parte de las AFP, por lo cual, precisó que solo existió un traslado en el año de 1994. Concluyó que el demandante no recibió la información clara, suficiente, veraz y oportuna al momento del traslado del régimen pensional, en consecuencia, fue ineficaz la afiliación al RAIS. Frente a la excepción prescripción, consideró que el ejercicio de la acción no cuenta con un límite temporal en atención a que la pretensión esta ligada al derecho fundamental a la seguridad social que es irrenunciable. Con relación a la excepción de descapitalización, señaló que no se probó tal perjuicio y que en caso de que COLPENSIONES llegare a sufrir una descapitalización estaría facultada para iniciar las acciones legales pertinentes.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, apeló la decisión arguyendo que, no se realizó una debida valoración de las pruebas dado que de la declaración rendida por el demandante y del testigo GUSTAVO SALGADO, se sustrae que al momento del traslado de régimen, se les informó sobre la comparación de los dos regímenes pensionales, la forma de adquirir la pensión en CAJANAL. Argumentó que según lo manifestado por el actor y por el señor SALGADO, primero, en una reunión recibieron la información por parte de la AFP COLFONDOS, no obstante, al momento de la afiliación tuvieron un asesor por grupo para resolver sus dudas. Agregó que al tenor del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 existe una prohibición legal para realizar el traslado del régimen del demandante y que aquel no acreditó ningún vicio en el consentimiento, contrario sensu, manifestó que quedó satisfecho con la información que recibió en ese momento. Reiteró que al momento del traslado, la información se entregó de manera verbal al demandante, de tal suerte que COLFONDOS sí cumplió con el deber de brindar una información completa e integra sobre el cambio de régimen. De otro lado, replicó que la Corte Constitucional en varias sentencias, ha

señalado que no es dable subsidiar las pensiones de quienes no han cotizado en el RPMMPD con los ahorros de quienes sí han efectuado allí sus aportes, caso como el del demandante, quien no realiza aportes en el RPMPD desde 1994.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionada COLPENSIONES presentó alegaciones en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. A su turno, la parte actora presentó alegaciones en similares términos a lo expuestos en el libelo inicial, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. COLFONDOS guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

Según el expediente administrativo de COLPENSIONES en el que obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante (CD fl. 105), se registra como fecha de nacimiento el 26 de octubre de 1964, por lo que cumplirá 62 años el mismo día y mes del 2026, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 17 de enero de 2019 (fls. 40 a 43), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 433 semanas cotizadas a CAJANAL, equivalentes a 8 años, 3 meses y 20 días (fls. 19 a 22), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 26 de julio de 1994 (Fl. 27), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en

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

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 las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante 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 demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 27), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (26 de julio de 1994, fl. 27), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De otra parte, frente al hecho de que el actor antes del traslado estuviese afiliado en pensiones a CAJANAL como se puede leer a folio 19, basta con indicar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende que al estar afiliado a dicha Caja de Previsión Social, después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993) continuó afiliado al régimen de prima media con prestación definida, pues nótese que sus aportes en pensiones se realizaron a tal caja hasta septiembre de 1994 (fl.19 a 22), destacando, incluso, que con posterioridad, en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de CAJANAL, se estableció de forma expresa en su artículo 4 que los afiliados cotizantes, debían ser trasladados al

régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, es decir, que siendo hoy Colpensiones la única administradora del régimen de prima media, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación del demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen.

De igual forma, no tiene incidencia alguna 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 basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado 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 retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquel cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUIS ADRIAN REYES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y OTRO. Rad. 110013105-010-2019-00115-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por la demandada PROTECCIÓN S.A., contra de la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de noviembre del 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor LUIS ADRIAN REYES pretende se declare la nulidad o ineficacia de traslado de Régimen pensional que realizó el 22 de julio de 1999 del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –ISS hoy COLPENSIONES a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías -PROTECCION S.A. toda vez que la información proporcionada por parte del fondo privado y que lo motivó al cambio de Régimen fue nula e indebida. Se ordene a COLPENSIONES y PROTECCION S.A. realizar las gestiones administrativas pertinentes para la anulación del traslado, se ordene a PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de dineros depositados en su Cuenta de Ahorro Individual, se ordene a COLPENSIONES recibirlo en su fondo pensional sin solución de continuidad, así como a corregir y actualizar su historia laboral una vez reciba los aportes por parte de PROTECCIÓN. Se declare que

para todos los efectos legales la única afiliación valida efectuada fue el 27 de julio de 1980 al ISS. Se condene en costas y a lo probado que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones informó, en síntesis, que nació el día 08 de marzo de 1956, que ese mismo día y mes del año 2018 cumplió con la edad mínima que exige el Régimen de Prima Media –RPMD para acceder a la pensión de vejez. Mencionó que el día 27 de julio de 1980 se afilió al ISS y por lo tanto tiene cotizadas 792 semanas. Indicó que el día 22 de julio de 1999 siendo empleado de la Escuela Colombiana de Ingeniería se trasladó del RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS por medio de PROTECCION S.A., argumentó que esa decisión estuvo precedida por engaño ya que la información que le proporcionó el fondo fue insuficiente y por tanto carente de libertad y voluntad, adujo que encontrándose en PROTECCION S.A. desde el 22 de julio de 1999 hasta el 31 de enero de 2019 cotizó 1.110 semanas, lo que suma un total de 1902 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones. Explicó que PROTECCION S.A. omitió su deber de informar antes del 08 de marzo de 2008 acerca de la imposibilidad de traslado de Régimen cuando le faltaren 10 años o menos de la edad mínima requerida para pensionarse, sin embargo, le informó que el monto de su pensión en el RAIS para el año 2018, fecha en la cual cumpliría 62 años seria de $781.242. Señaló que, en el RPM, según su Ingreso Base de Liquidación -IBL para el año 2019 le habría hecho obtener una mesada pensional de $1.745.358 con una tasa de reemplazo del 80%. Así las cosas, el 01 de febrero de 2019 el demandante radicó un Derecho de Petición en PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES solicitando la nulidad de traslado de Régimen efectuada el 22 de julio de 1999, petición que fue negada por parte de COLPENSIONES (FLS. 54 a 56).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre toda vez que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo el traslado del RPM al RAIS, indicando que dicho traslado se presume consumado bajo el derecho a la libre escogencia y por tanto tiene plena validez, además, la ley exige que los vicios de consentimiento de ser alegados deben ser declarados por el juez y luego de ello COLPENSIONES activa la afiliación del trabajador sin solución de continuidad. Propuso como excepciones de merito las de «Prescripción y caducidad», «Declaratoria de Otras Excepciones» e «Inexistencia de la Obligación y del Derecho por Falta de Causa y Titulo para Pedir» (Fls. 76 a 80).

Por su parte, la AFP PROTECCION S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, por considerar que el formulario de vinculación es válido, exento de vicios, de cualquier fuerza, libre de presión y engaños, consecuencia de ello, se realizó de forma libre y espontánea. Argumentó que el acto jurídico celebrado entre el demandante y PROTECCIÓN S.A. cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y, por lo tanto, produjo efectos jurídicos derivados del mismo. Manifestó que la forma como se liquida la pensión de vejez en el RAIS no puede ser determinante para resolver si es nula o ineficaz. Finalmente afirmó que la afiliación se vio precedida de una debida asesoría en donde se le expuso al accionante las características y condiciones del RAIS en contraposición del RPM, de manera que no es posible encontrar vicio de consentimiento alguno. Propuso como excepciones de mérito las de «Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir», «Buena fe», «Prescripción», «Aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones», «Inexistencia de la obligación de devolver cuotas de administración por falta de causa», «Inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» e «Innominada o Genérica» (Fls. 100 a 108).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de noviembre del 2020, declaró la ineficacia de la vinculación a PROTECCION S.A. efectuada el 21 de julio de 1999 por el accionante, y en consecuencia el traslado de RPMPD al RAIS, por lo que ordenó el regreso automático sin solución de continuidad a COLPENSIONES. Condenó a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación del demandante al RPMPD sin solución de continuidad, condenó a PROTECCION S.A. a hacer entrega a COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido por cuenta de la afiliación del accionante como cotizaciones, bonos pensiónales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos causados; incluyendo la devolución de gastos y cuotas de administración debidamente indexados; lo anterior, en el término de 15 hábiles a ejecutoria de la sentencia. Condenó a COLPENSIONES, a que, una vez ingresados los valores de la cuenta de ahorro individual, revise que la devolución de dineros sean los ordenados en la providencia. Declaró no probadas las excepciones formuladas por las accionadas, y condenó a PROTECCIÓN S.A. en costas.

Para arribar a tal conclusión, consideró el a quo, en síntesis, que con base en la jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia y las disposiciones legales

pertinentes, se han indicado parámetros para cumplir con el deber de información de las administradoras de fondos de pensiones para que así se brinde la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de manera que, a través de elementos de juicio claros y efectivos, el trabajador logre escoger las mejores opciones del mercado, así, debe hacerse una distribución de características y condiciones de acceso y servicio de cada uno de los Regímenes Pensiónales, de modo que se realice un paralelo entre el RPMPD y el RAIS conociendo las ventajas y desventajas entre uno y otro así como las consecuencias jurídicas del traslado para el potencial afiliado. Afirmó que la Corte ha indicado que la firma del formulario pre-impreso de los fondos de pensiones es insuficiente para demostrar un consentimiento, pues éste demuestra la existencia de un consentimiento, pero no de un consentimiento informado. Señaló que para que proceda la ineficacia entre Regímenes pensiónales no es necesario que el beneficiario ya tenga un derecho pensional consolidado, sino que, cualquier sujeto que haga tránsito entre Regímenes que no se le haya cumplido el deber de manifestarle la información clara, cierta, comprensible y oportuna con las consecuencias y riesgos que ello implica tiene la facultad para acudir a que se declare la ineficacia de traslado de Régimen pensional, incluso se ha advertido que ni la asesoría posterior, ni la realización del tramite hace saneamiento del deber de informar, puesto que este debe ser oportuno. Manifestó que la Corte ha doctrinado que el deber de informar recae en las administradoras de fondos de pensiones y a su vez se ha referido a la acción de prescripción indicando que los hechos y las acciones para la declaratoria de estos derechos no prescriben. Finalmente añadió que se logró establecer que más allá del formato de afiliación del fondo de pensiones no obra ninguna otra prueba que permita establecer que en efecto se brindo una correcta asesoría y se cumplió con dicho deber a cabalidad y según lo antes dicho es necesario declarar la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La AFP PROTECCION S.A. apeló la sentencia solicitando sea revocada parcialmente, se absuelva a PROTECCION S.A. de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración y solamente sea ordenado el traslado de la cuenta de ahorro individual los rendimientos y el porcentaje correspondiente a pensión mínima por considerar que no debe condenarse a PROTECCION S.A. a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, con base en, que la prima de seguro previsional de la aseguradora son descuentos autorizados por la ley 100 de 1993 operando en ambos Regímenes, así, se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, pues es una comisión que no es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente se están

trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual fruto de la buena gestión, así que PROTECCION tiene derecho conservar la comisión como restitución mutua a su favor. En cuanto a la prima de seguro previsional indicó que esta ya fue girada a la aseguradora para que en caso de siniestro o invalidez la compañía realizará lo propio y así, siendo la aseguradora un tercero de buena fe se encuentra PROTECCIÓN imposibilitada para reclamar estos dineros, finalmente señaló que respecto del 3% destinado para la comisión de administración y para financiar las primas de seguro previsional opera la prescripción ya que estos descuentos fueron realizados mes a mes durante 20 años, no pudiendo desconocer lo preceptuado en el art. 488 del Trabajo y el art. 151 del Código Procesal del Trabajo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Por su parte, la parte actora solicitó que se confirme la misma.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS con ocasión al incumplimiento del deber de información y en tal sentido, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte

Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 14 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 08 de marzo de 1956, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES día 01 de febrero de 2019 (Fls. 41 a 53), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 627,00 semanas de cotización aproximadas (fls. 15 a 17), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 21 de julio de 1.999 (Fl. 115), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En este escenario, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 115), plasmado en el formulario de afiliación a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A, éste 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 PROTECCIÓN S.A

Así, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A., antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen (21 de julio de 1.999 fl. 115), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos

pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiara o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP privada tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, así 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, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ADRIANA ARISTIZABAL REGIFO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y OTRO. Rad. 110013105-032-2020-002166-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por las entidades codemandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de enero del 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora ADRIANA ARISTIZABAL RENGIFO pretende se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, se declare que el traslado de Régimen obedeció a la omisión de la información, engaño, error y asalto de su buena fe; se declare que permaneció afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD administrado por el Instituto de los Seguros Sociales – ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y por ellos surte todos los efectos legales. Se declare y se condene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías -PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas al momento de traslado de Régimen, así como los demás dineros aportados por la actora durante todo el tiempo en que ha estado afiliado

al RAIS. Se ordene el traslado y la afiliación de la demandante a COLPENSIONES y como consecuencia, inscribir sin solución de continuidad la afiliación de la accionante como si nunca se hubiere trasladado de Régimen; a lo ultra y extra petita, así como costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones informó, en síntesis, que desde el 1° de abril de 1994 los Fondos Privados iniciaron una agresiva publicidad para trasladar a los afiliados del Régimen Publico al Régimen Privado de Pensiones. La empresa HORIZONTE ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. en enero de 2014 fue objeto de cesión, por fusión, a PORVENIR S.A. lo que ocasionó el traslado de todos sus afiliados a PORVENIR S.A. Que en marzo de 2000 prestaba sus servicios en el Depósito Dental Gilberto Aristizabal, en alguna oportunidad HORIZONTE envió a uno de sus asesores al lugar de trabajo de la demandante con el objeto de trasladarla al RAIS, precisando que esta persona no tenia las capacidades de asesoramiento y desconocía por completo su situación pensional real, por lo que ni siquiera le proporcionó las características propias del RAIS y el RPM, de las ventajas y desventajas y mucho menos los riesgos entre uno y otro, sin embargo, argumentó que el ISS dada su grave situación económica no podría garantizarle el reconocimiento de la pensión de vejez. Mencionó que a marzo del año 2000 devengó la suma de $520.200 correspondientes a dos salarios mínimos legales mensuales vigente y que al no tener claro su perfil financiero nunca se le informó información detallada acerca de los cálculos de su pensión, que por sus variables de estudio y empleo no tendría el capital equivalente al 110% del SMLMV que se exige para una pensión de salario mínimo y es por esto que mencionó el deber de subsidiarla por la pensión mínima prevista por la ley 100 de 1993. Precisó que nunca tuvo claro su situación pensional, ni siquiera se le informaron datos precisos del bono pensional y sin recibir la información técnica suficiente, transparente, equitativa y adecuada, y por ello, por móviles erróneos, y engañosamente firmó el formulario de vinculación a la empresa HORIZONTE S.A. renunciando sin saber a tener una mejor pensión en el RPM. Manifestó que agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 21 de octubre de 2019 solicitando el traslado, el cual fue respondido negativamente el 13 de noviembre de 2019; de igual modo, solicitó a PORVENIR S.A. la entrega de los soportes, proyecciones y asesoría que se surtieron para persuadir el traslado entre Fondos de Pensiones y esta entidad respondió negando la petición de traslado de Régimen de pensiones y aduciendo que toda asesoría dada a la demandante se ofreció de manera verbal y que no existe ningún documento que acredite la asesoría dada por el vendedor del fondo (fls. 1 a 6 archivo digital: 01. DEMANDA 2020-00166 ORDINARIO.pdf)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, por considerar que la afiliación con HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. en el año 2000 fue producto de una decisión libre e informada luego de indicársele detalladamente las implicaciones y funcionamiento del RAIS como se aprecia en la solicitud de vinculación en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPTSS, garantizando el derecho de información y de retracto; además, la demandante desconoce la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, que también en el RPM se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes. Afirmó que la Superintendencia Financiera, ha indicado que, en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración. Propuso como excepciones de mérito las de «Prescripción», «Buena fe», «Inexistencia de la obligación», «Compensación» y «Genérica» (Fls. 2 a 36).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, considerando que no existió vicio en el consentimiento por falta de información en el momento de afiliación, y por el contrario esta se llevó a cabo de manera voluntaria, consiente y sin presiones, encontrándose la demandante afiliada válidamente al RAIS e inmersa en la prohibición legal de la ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de merito las de «La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen», «Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social», «Sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación», «El error de derecho no vicia el consentimiento», «Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política)» «Buena fe de Colpensiones», «Cobro de lo no debido», «Falta de causa para pedir», «Presunción de legalidad de los actos jurídicos», «Inexistencia del derecho reclamado» e «Prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 3 a 26, archivo digital: 07. Contestación Colpensiones.pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de enero del 2020, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. de fecha 2 de marzo de 2000. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, ordenó a COLPENSIONES recibir a la accionante como afiliada al RPMPD, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Condenó a PORVENIR S.A. en costas.

Para arribar a tal conclusión, consideró, en síntesis, que con base en la jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 el deber de información debe ser acreditado por las administradoras de fondos de pensiones toda vez que la parte débil es el afiliado, ello sin importar si se tiene un derecho consolidado, beneficio transicional o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado. Explicó que atendiendo a lo mencionado en la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión la simple firma del formulario de afiliación no es prueba del consentimiento informado; que era menester de los jueces verificar que se cumpla con este deber de acuerdo al momento histórico en que debió asesorarse, para lo cual, dado el traslado de la accionante en el año 2000 debió informarse para la época como mínimo la ilustración de características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada uno de los Regímenes, lo que debía incluir, dar a conocer el Régimen de transición, todo esto con base en lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 en los artículos 13 literal b, 271 y 272 y el Decreto 663 de 1993 artículo 97 y demás disposiciones constitucionales pertinentes. Manifestó que la demandada no acreditó la capacitación qué se le dio al asesor que le brindo la información a la señora ADRIANA ARISTIZÁBAL RENGIFO, de igual manera no se halló ningún otro elemento de juicio más allá que los formularios de afiliación y en consecuencia no se tuvo prueba de la información proporcionada a la actora. Expresó que adicional a la prueba documental únicamente verificar al interrogatorio de parte rendido a la accionante, donde se determinó que la información que se le brindó no fue suficiente ni cumplió con los parámetros de una debida asesoría y por lo tanto no puede inferirse la comprensión de la demandante respecto de las diferencias entre Regímenes. Anotó que en tal sentido no puede declararse algún derecho por parte de PORVENIR de retener algún concepto descontado por gastos de

administración o seguros provisionales. Por lo anterior, declaró no prósperas las excepciones formuladas y en cuanto a la prescripción señaló que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado y la afiliación no prescribe por tratarse de un derecho en formación y por ende es imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, PORVENIR S.A. solicitó revocar lo decidido, el sustento de su oposición con base en que la entidad no comparte la declaración de ineficacia en sentido estricto, ni las consecuencias jurídicas que el despacho sentenció, puesto que consideró que se falló en contra del principio de inescindibilidad de las normas y de la Confianza Legitima, el primero toda vez que a una ineficacia se le dio el efecto jurídico de una nulidad y respecto del segundo, que teniendo en cuenta que para la fecha de traslado la única prueba requerida era el formulario de afiliación, esto hace incurrir a la entidad en lo que la doctrina denomina «prueba diabólica», puesto que se hace necesario allegar pruebas que para ese tiempo no eran requeridas, atentando contra el derecho a la defensa de PROVENIR. Indicó que basado en jurisprudencia laboral, la ineficacia del traslado en sentido estricto se confunde con las nulidades sustanciales, e hizo la diferenciación entre ineficacia en sentido amplio e ineficacia en sentido estricto, aduciendo que en ninguna norma referente al deber de información se trae como consecuencia jurídica la ineficacia en sentido estricto, en tal sentido, la consecuencia no es retrotraer las cosas a su estado anterior sino dejar sin efectos la afiliación y permitirle nuevamente al trabajador afiliarse dónde lo crea conveniente, además dijo, que pese a que nunca estuvo en el RAIS se le obligó a PORVENIR a trasladar los ejercicios financieros en un acto que no existió y que en el RPM no genera rendimientos financieros, por lo que consideró que la pérdida de estos emolumentos son de responsabilidad de cada parte frente a la prescripción, dijo que, según lo anterior, al no ser parte integra de la pensión estos dineros no reciben la protección de imprescriptibilidad y al ser emolumentos económicos son prescriptibles.

Por su parte COLPENSIONES, apeló la sentencia considerando que el a quo al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el Principio de la relatividad jurídica, en razón a que COLPENSIONES fue un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la demandante y PORVENIR, en consecuencia, éste, así como todos los actos jurídicos tienen efectos Inter partes, por lo cual, independientemente de la decisión adoptada, COLPENSIONES no puede ser favorecida ni perjudicada por la misma, por lo que solicitó no recibir a la accionante nuevamente al RPMPD, pues se estaría afectando el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Pensiones establecido en el artículo 48 de la Constitución Política y el Acto legislativo 01 de 2005,

argumentó que según el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, se señaló la imposibilidad de traslado cuando al afiliado le faltaren 10 años para cumplir la edad qué se requiere para acceder a la pensión de vejez. Mencionó, que cuando se declara la ineficacia y nulidad de traslado se da lugar a transferir la totalidad de la cotización, en consecuencia, no habiendo otra posibilidad que la de retornar a la demandante al RPM, solicita que la AFP PORVENIR pague los perjuicios económicos generados a COLPENSIONES.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES presentaron sus alegatos en similares términos a los señalados en la alzada, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Por su parte, la actora solicitó su confirmación.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS en razón del incumplimiento del deber de información y en tal sentido, de salir avante esta declaración, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

Dado que no fue aportada la cédula de ciudadanía, se infiere de los distintos documentos e historia laboral aportada que la actora nació el 20 de febrero de 1964, por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo mes y día del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES día 21 de octubre de 2019 (Fls. 20 y 21 Demanda digital), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 499,57 semanas de cotización aproximadas (fls. 32 a 34), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 03 de marzo de 2000 (Fl. 52), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado,

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

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 las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En este escenario, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro

de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 52), plasmado en el formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A, éste 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 PORVENIR S.A

Así, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (03 de marzo de 2000 fl. 52), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna 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 basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado 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 retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiara o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP privada tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, así 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, los cuales asumen los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diecinueve (19) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ALVARO SANDOVAL REYES contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, AFP PORVENIR y AFP PROTECCIÓN Rad. 110013105-035-2019-00758-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de febrero de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor ALVARO SANDOVAL REYES, promovió demanda ordinaria laboral, en la que pretende se declare la nulidad o ineficacia según se demuestre su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMD, Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS; que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado actualmente por COLPENSIONES advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado al RAIS no puede producir efectos, al no haberse realizado en forma libre y espontánea. Que se ordene a los fondos privados demandados la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración; ordenar a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la parte demandante y a recibir dichos los aportes y rendimientos, actualizando y corrigiendo su historia laboral. Se condene a los

fondos privados demandados, al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante, los cuales estimó en 200 SMLMV o la suma que el juez considere. Además de la condena en costas a todas las entidades demandadas.

A su vez, como pretensiones subsidiarias, solicitó que se declare como inexistente el acto por medio del se trasladó del RPMPD al RAIS, por lo que resultan INEXISTENTES las afiliaciones a los fondos privados demandados. Se declare que para todos los efectos jurídicos la parte demandante siempre ha permanecido en el RPMPD sin solución de continuidad en la afiliación. Se ordene a los fondos privados demandados, la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración y ordenar a COLPENSIONES reactivar la afiliación y recibir los aportes y rendimientos devueltos por los fondos privados demandados; y finalmente actualizar y corregir su historia laboral de la parte demandante. Se condene a los fondos privados demandados, al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante, los cuales estimó en 200 SMLMV o la suma que el juez considere. Además de la condena en costas a todas las entidades demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 04 de agosto de 1955, expuso que a lo largo de su vida laboral ha trabajado para diferentes entidades y estuvo afiliado al RPMPD administrado por el Instituto de Seguros Sociales –ISS desde diciembre de 1984 hasta junio de 1990. Que el 01 de julio de 1995, por NO recibir información técnica y adecuada suscribió formulario de afiliación con COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., trasladándose al RAIS; El 27 de septiembre del año 2000, por NO recibir información técnica y adecuada suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A. Que se afilió a dichos fondos por considerar que el RAIS le era mucho más beneficioso que el RPMPD, pues una vez comenzó a funcionar el sistema pensional administrado por los fondos privados de pensiones, estos comenzaron a ejercer una publicidad muy agresiva, por diferentes medios de comunicación personal y mediante visitas personales. En ese orden, indicó, el promotor u asesor de los fondos privados demandados, encargado de su afiliación y traslado, no contaba con título ni formación profesional o con capacitación adecuada alguna, que lo acreditara o le permitiera informar o suministrar información completa, veraz y suficiente para tomar la decisión de trasladarse. Que dichos fondos privados demandados o sus asesores en ningún caso le hicieron las advertencias de los riesgos que existían por trasladarse a este régimen; nunca le advirtieron que la pensión podría ser inferior a la del RPMD; que eventualmente no se podría pensionar por cuanto el capital sería insuficiente o, que el capital no permitiría a tener una pensión similar a la que obtendría en el RPMPD; tampoco le advirtieron que el valor de la pensión

depende de la modalidad que se escoja. Ni siquiera explicaron las distintas modalidades de la pensión; que la negociación del bono pensional implica un importante sacrifico financiero; nunca explicaron cómo funciona financieramente el fondo privado; ni que lo que era un bono pensional; ni le se le informó del derecho a retractarse como lo estipula el Decreto 1161 de 1994. Aunado a lo anterior, se omitió el deber de información que le asiste a los fondos privados administradores de fondos de pensiones, además los asesores de los fondos privados demandados lo engañaron al afirmarle que, al trasladarse al RAIS la condición pensional sería mucho más ventajosa, el RPMPD desaparecería, que le convenía trasladarse porque la pensión sería mejor o con un monto mejor, en comparación con el Régimen de Prima Media. Que no había problema, pues en ningún caso la situación de la actora sería desventajosa frente a la del Régimen de Prima Media. Que sÓlo tenía que firmar un documento, para hacer efectivo el traslado. Indicó por otro lado, que luego de verificar las proyecciones pensionales en uno y otro régimen, el RAIS es mucho más desfavorable. De tal modo que su consentimiento estuvo viciado y la decisión adolece de nulidad, aunado a que ello le ha causado un impacto emocional; y en esa medida solicitó la anulación de las afiliaciones al RAIS y a COLPENSIONES el retorno, pero obtuvo respuestas negativas (fls. 5 a 18).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, solicitando se absuelva de las mismas; argumentó para tal fin, que el traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el I.S.S., hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCION S.A, es válido, toda vez que en la etapa precontractual se brindó información veraz completa y oportuna sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas pensiónales, y en especial de la situación personal y concreta de la demandante, toda vez, que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidenció dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la DEMANDANTE, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso la DEMANDANTE no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, ni los lineamientos jurisprudenciales dados por la Honorable Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral. Formuló como excepciones de fondo las de, «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar

al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia a pago de costas e instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fls. 81 a 95).

Por su parte, PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, en tanto, su elección de régimen obedeció a una decisión libre y voluntaria, precedida del cumplimiento en el deber de información por parte del fondo inicial. Se recuerda que no es posible solicitar la ineficacia o nulidad invocando requisitos que no existían a cargo de las AFP para la fecha del traslado. Agregó, no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o a la nulidad del acto jurídico por medio del cual el demandante se trasladó de régimen pensional. La decisión tomada por el actor se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, pues: (i) antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; (ii) suscribió el formulario de solicitud de vinculación, el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancada; (iii) en cumplimiento de las exigencias legales, al suscribir la solicitud de vinculación, con la cual se concretó su traslado de régimen, manifestó en forma expresa que lo hacía en forma voluntaria y libre. Que esta expresión no puede ser considerada como un mero requisito formal o una manifestación vacía sin ninguna consecuencia, en cuanto corresponde a una exigencia normativa que, por lo tanto, no puede ser ignorada, como tampoco pueden ser desconocidos los efectos que produce. La circunstancia de que conste en un formulario previamente impreso no le resta validez a lo manifestado, ya que corresponde a una expresión inequívoca de la voluntad de la demandante. Por lo tanto, el acto de traslado de régimen es completamente válido, pues cumplió con los requisitos establecidos en la normatividad entonces vigente y no pesa sobre él ningún vicio u omisión que lo invalide. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (fls. 143 a 164).

A su turno, la AFP PROTECCIÓN S.A. se opuso a la declaratoria de la ineficacia del traslado, toda vez que al demandante se le brindó a través del promotor de Protección una asesoría integral, clara, comprensible y objetiva sobre el Régimen de Ahorro individual resaltando sus características principales y diferenciadoras, indicándole que el monto de su prestación económica sería variable, ya que depende del monto de los aportes ahorrados a lo largo de su vida laboral y los rendimientos financieros que generaban los

mismos, además de sus aportes voluntarios, sus beneficiarios, la existencia o no de un bono pensiona! y la regulación de la Superintendencia Financiera y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para liquidar la mesada pensional, realizando comparativos generales entre uno otro ya que no se podía determinar con exactitud al momento de la afiliación el monto de la mesada y mucho menos si sería superior o inferior a la del RPM, lo que sí se conocía y se informó era la posibilidad de incrementarla a través de los rendimientos financieros y los aportes voluntarios y con base en esta información fue que el demandante tomó su decisión en forma libre y voluntaria. Que al momento de afiliación del demandante no era posible determinar con exactitud el monto de la mesada pensional que podría obtener al momento de solicitar su pensión de vejez, pues depende de los factores anteriormente indicados. Así mismo, debe advertirse que el monto de la pensión no constituye un vicio del consentimiento o causal de ineficacia pues al momento de su traslado de régimen a PROTECCIÓN S.A. y se le dejó total claridad en que el monto de la pensión era variable y dependía de múltiples factores, por lo que no se podía indicar un monto exacto o que la misma llegare a ser superior a la que recibiría en El RPM. Propuso como excepciones de fondo las de: «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones», «inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» «innominada o genérica» y «traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir» (fls. 261 a 288).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 09 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el accionante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. y en consecuencia ordenó a PORVENIR entidad en la que se encuentra actualmente afiliado el actor, a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, junto con su rendimiento. Condenó a PROTECCIÓN y a PORVENIR pagar con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión del actor con los gastos de administración; así mismo, condenó a COLPENSIONES a afiliar al demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a PORVENIR. Condenó en costas a PORVENIR y a PROTECCIÓN S.A. Absolvió de las demás pretensiones.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que el demandante se trasladó a COLMENA hoy PROTECCIÓN en julio de 1995; así las cosas, advirtió que le corresponde a PROTECCIÓN demostrar que le dio al demandante información, para que adoptara la decisión que le fuera más favorable, en cuanto al régimen pensional; siendo la

demostración de un consentimiento informado, el que tiene la virtud de generar la convicción de que este contrato de aseguramiento goza de plena validez. Resaltó que es obligación de las administradoras demostrar que hubo asimetría en la información, mediante los medios de convicción que permitan dar certeza de que al momento del traslado entre regímenes el afiliado contaba con todos los elementos de juicio, para decidir libre y voluntariamente; obligación que surgió desde el nacimiento de las aseguradoras, resaltando las implicaciones del traslado del régimen; teniendo la obligación del buen consejo, debiendo dar a conocer las diferentes alternativas, con beneficios e inconvenientes. Precisó que no se allegó prueba alguna que permita concluir que el demandante, tuvo suficiente ilustración por parte de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., correspondiendo a ésta demostrar que le informó al accionante sobre las ventajas y desventajas de permanecer o trasladarse de régimen. Señaló que el demandante acreditó que se le causó un perjuicio con el traslado del régimen y que prueba de ello es la documental en la cual se evidencia la diferencia entre las mesadas pensionales que recibiría en cada régimen. En cuanto a la declaración de ineficacia, explicó que se genera la obligación de retrotraer las cosas al estado en que se encontraban en precedencia, así, el fondo privado deberá trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero, con cargo a sus propias utilidades. En relación a la pretensión del pago de perjuicios morales, manifestó que para tal condena es necesario que se pruebe el hecho generador del perjuicio, el nexo de causalidad y el daño, supuestos que no fueron probados por el accionante.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., apeló la decisión de forma parcial con respecto a la devolución de los gastos de administración, argumentando que al declararse la ineficacia podría suceder que se tengan como no causados los gastos de administración siendo procedente devolver solo las cotizaciones, montos que argumentó ya no están en las cuentas de PROTECCIÓN, dado que los trasladó a PORVENIR y adujo que la otra opción es asumir que la afiliación no existió, y que el ISS también hubiera descontado los gastos de administración, por ello, solicitó que no se condene la devolución de los gastos de administración.

A su turno, la apoderada judicial de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación solicitando se revoquen los números primero, segundo y cuarto, argumentando que conforme a la normatividad legal vigente para el 2001 la AFP PORVENIR cumplió con su obligación de brindar la información suficiente para que el actor pudiera tomar una decisión informada. Agregó que el juicio se basó solo en una inconformidad aritmética del actor con respecto a la diferencia en las mesadas pensionales que recibiría en cada régimen. Asimismo, afirmó que no es procedente la declaratoria de nulidad por cuanto el

demandante actuó de manera negligente respecto a su futuro pensional. De otro lado, argumentó que no es dable la devolución de los gastos de administración dado que fueron sumas descontadas conforme a la Ley 100 de 1993 y fueron utilizadas para incrementar el capital ahorrado por el actor, aunado a que, a su juicio, la devolución constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES. Concluyó solicitando se estudie nuevamente la excepción de prescripción.

La apoderada judicial de COLPENSIONES apeló la decisión, solicitando sea revocada la sentencia en su totalidad; arguyó que el fallo no se acoge a los presupuestos procesales para declarar la ineficacia, además, precisó que COLPENSIONES es ajena al negocio jurídico de la afiliación y que en el momento del traslado de régimen las AFP no tenían la obligación de brindar la doble asesoría. Añadió que la formación profesional del demandante no da cuenta de un afiliado lego como los que se ha referido la CSJSL por ser un experto en la administración de recursos públicos. Aseveró que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional nadie puede ser subsidiado por los aportes de otros afiliados que sí han cotizado al RPMPD, por lo que, ello conduciría a la descapitalización del sistema.

De igual modo, la apoderada del demandante, interpuso recurso de apelación parcial contra la decisión proferida en lo referente a la no condena en costas a COLPENSIONES, manifestando que la entidad fue vencida en juicio, que se opuso activamente a las pretensiones y que dicha condena es apenas una consecuencia lógica por haberse puesto en marcha el aparato jurisdiccional. Agregó que en pronunciamientos recientes de la Sala Laboral Tribunal Superior de Bogotá se ha condenado en costas a COLPENSIONES bajo los argumentos expresados.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos en similares términos a los expuestos en cada uno de sus recursos de apelación.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 19 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 04 de agosto de 1955, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del 2017, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 23 de agosto de 2019 (fl. 32), es decir con posterioridad a la edad exigida para adquirir el derecho pensional; otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 251 semanas cotizadas a (fls. 26 a 27), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 01 de julio de 1995 (Fl. 21), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.

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

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 21), plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PORVENIR S.A., éste 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 PROTECCIÓN S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN, antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen (01 de julio de 1995, fl. 21), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a las recurrentes por pasiva, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues

dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna 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 basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado 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 retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Finalmente, en lo que a la imposición en costas procesales se refiere, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas las AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se modificará la decisión en este aparte de la sentencia, para elevar condena contra dichas entidades.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación de los recurrentes como la consulta que

opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se modificará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL CUARTO de la sentencia objeto de estudio, para en su lugar, CONDENAR en costas de primera instancia a las accionadas PORVENIR, PROTECCIÓN Y COLPENSIONES, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.