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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARÍA AURORA DOMÍNGUEZ LASCARRO y OTROS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- y OTROS Rad. 110013105-010-2013-00501-02.

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, 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 interviniente ad excludendum LINDA DORIS QUIMBAYA, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de marzo de 2020.

## ANTECEDENTES

La señora MARÍA AURORA DOMÍNGUEZ LASCARRO pretende se condene a COLPENSIONES a sustituir en forma definitiva y vitalicia en cuantía del 50% la pensión vitalicia de jubilación, en su condición de cónyuge supérstite, que le fue reconocida a su difunto esposo el señor ISMAEL PINILLA ACOSTA el 13 de diciembre de 1993, como consecuencia de lo anterior, se le reconozca y pague proporcionalmente la misma pensión junto con los demás reajustes correspondientes, a partir del 14 de mayo de 2009, día siguiente al fallecimiento del causante, así mismo se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar los reajustes sobre el 50% de la sustitución de la pensión reconocida, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que así lo determine, junto con el pago de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el señor ISMAEL PINILLA ACOSTA (Q.E.P.D.) falleció el 13 de mayo de 2009, quien al momento de su muerte devengaba y disfrutaba como prestación económica una pensión de jubilación que le había sido reconocida por la demandada mediante Resolución No. 011304 del 13 de diciembre de 1993; informó que con ocasión a su fallecimiento acudieron a la entidad demandada como presuntas beneficiarias de la sustitución de la referida prestación, la señora LINDA DORIS QUIMBAYA CORTES argumentando ser compañera permanente del causante con quien tuvo una hija de nombre DANIELA ISABEL PINILLA QUIMBAYO, por tanto, la entidad resolvió dejar en suspenso el reconocimiento del 50% de la sustitución pensional, hasta tanto la justicia ordinaria determine a quien corresponde el derecho, concedió la sustitución a DANIELA PINILLA en calidad de hija del causante en cuantía del 50% a partir del 13 de mayo de 2009, decisión que fue recurrida, pero confirmada por COLPENSIONES mediante actos administrativos de 2011 y 2013. Agregó que estuvo casada con el difunto ISMAEL PINILLA y en tal condición convivió junto a él hasta el día de su muerte (Fls. 36 a 41 y 45).

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, para tal fin argumentó que, COLPENSIONES ha actuado con apego a la ley, y dejó en suspenso la prestación por encontrarse en discusión la misma, al presentarse dos personas a reclamar el derecho, precisó que la prestación no ha sido negada, si no que se encuentra a la espera que la justicia ordinaria defina a quien le corresponde y los montos de la misma. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir», «cobro de lo debido», «no configuración del derecho al pago del I.P.C ni de indexación o reajuste alguno», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 55 a 59).

## ACTUACIONES PROCESALES

En audiencia celebrada el 10 de diciembre de 2013, el Despacho de conocimiento ordenó formar el litisconsorcio necesario con la menor DANIELA ISABEL PINILLA por disfrutar del 50% de la pensión del causante y con la señora LINDA DORIS QUIMBAYO CORTES dado que igualmente reclamó la referida prestación referida y también representaba a la menor (Fl. 69).

Mediante auto del 27 de febrero de 2014, se tuvo por no contestada la demanda por parte de LINDA DORIS QUIMBAYO CORTES (Fls. 88-89); y el 24 de abril de 2015, dictó sentencia (Fls. 184 a 186) la cual fue apelada por las partes, sin embargo en esta sede judicial el 27 de octubre de 2015, se declaró la nulidad de todo lo actuado, ordenándose que la señora LINDA DORIS QUIMBAYO se vincule como como INTERVINIENTE AD EXCLUDENDUM (Fl.199).

LINDA DORIS QUIMBAYO CORTES, presentó demanda de intervención AD EXCLUDENDUM en la cual además de contestar la demanda y sus pretensiones, con oposición a las mismas; solicitando que se declare su condición de compañera permanente, así mismo se declare que COLPENSIONES debe sustituir en forma definitiva y vitalicia en cuantía de 50% la pensión que le fue reconocida al señor ISMAEL PINILLA ACOSTA, el pago de los intereses lo ultra y extra petita, más las costas procesales. Lo anterior, teniendo en cuenta que fue ella la persona con quien realmente convivió el causante, al haberlo auxiliado, cuidado y atendido en su grave enfermedad, acompañándolo hasta su muerte (Fls. 272 a 281, y 377).

Intervención que fue contestada por la señora MARIA AURORA DOMINGUEZ LASCARRO a través de curador ad litem. COLPENSIONES no la contestó (Fls. 401 y 441 y 4781). Así mismo, se advirtió que la hija del causante, DANIELA ISABEL PINILLA QUIMBAYO, pese a notificarse y ser vinculada al proceso (fl. 402), no dio contestación a la demanda e indicó en audiencia que no constituiría apoderado y desistía de los términos (fl. 480 vto.).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 9 de marzo del 2020, declaró probada la excepción de «inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir» propuesta por COLPENSIONES, en consecuencia absolvió a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por MARIA AURORA DOMINGUEZ LASCARRO y en relación a la interviniente ad excludendum LINDA DORIS QUIMBAYO absolvió a COLPENSIONES por no haber logrado demostrar esta los requisitos establecidos en el artículo 13 de la ley 797 de 2003, ordenó se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de MARIA AURORA DOMINGUEZ LASCARRO.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló para resolver la situación del interviniente excluyente LINDA DORIS QUIMBAYO, que, de las pruebas practicadas, logró demostrar hasta antes del 2006 su relación y convivencia como compañera permanente del causante, es decir, que no fue demostrada dentro de los 5 años

anteriores a su muerte, esto es, del 13 de mayo de 2004 al 13 de mayo de 2009. Advirtiendo en tal sentido, serias contradicciones en el interrogatorio que le fue practicado a dicha interviniente, especialmente porque manifestó que el causante ingresó a hogar geriátrico en el año 2006, contradiciéndose en el sentido que allí manifestó se «mamá de su hija DANIELA», más no pareja del causante. Además en declaración previa había manifestado iniciar una relación afectiva desde 1988, que en el año 2006 el causante por decisión propia decide irse a un geriátrico en el que estuvo 2 años, confesando así, que sólo convivió con él hasta el año 2006, y que si bien el dicho de los testigos el causante era agresivo, encontró contradicciones entre el dicho por la accionante ad excludendum y los testigos, así como lo dicho en las declaraciones extra proceso, máxime cuando el causante era un paciente invidente, y ninguno de los testigos indicaron tal situación, reiterando así, que existían pruebas que esa convivencia haya continuado desde el año 2006 al año 2009, no siendo dable el reconocimiento de la pensión que se reclama.

Con relación a la señora DOMÍNGUEZ LASCARRO, encontró que efectivamente celebró matrimonio con el causante el 1° de abril de 2006, y como el señor PINILLA falleció el 13 de mayo 2006, la accionante tampoco logró demostrar los 5 años de convivencia, pese que informó haber convivido por 30 años con él, precisando que los testigos arrimados al plenario en este caso, no tenían credibilidad porque todos manifestaron que vivieron juntos hasta su muerte, pese a que se encontraba en un geriátrico, sin que ninguno de los testigos haya mención de lo que demostró la señora LINDA DORIS QUIMBAYA y es que para los años 2000 y 2002 el causante se encontraba en Estados Unidos, lo cual corroboró con los envíos de dinero y las cartas. De tal manera que no se logró demostrar esa convivencia, no dieron condiciones de tiempo, modo y lugar, desconociendo los padecimientos del causante, así mismo la demandante no aportó documental que lograse demostrar donde vivió con el señor PINILLA.

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de LINDA DORIS QUIMBAYA demandante ad excludendum apeló la sentencia de primera instancia, argumentando que, entre la misma y el causante, efectivamente se conformó una comunidad física y mental. Que desde el año 2007 que fue ingresado al geriátrico, fue ella quien vio por su atención día a día existiendo de su parte todo estímulo de solidaridad, hasta su fallecimiento.

## 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, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, solicitando que se confirme la decisión de primer grado. Por su parte, la señora LINDA DORIS QUIMBAYA COTÉS, solicitó que se revoque la decisión y se le reconozca como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes. La accionante guardó silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, resolver el siguiente problema jurídico: Establecer si a las señoras MARIA AURORA DOMINGUEZ LASCARRO y LINDA DORIS QUIMBAYO, acreditan los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente en calidad de cónyuge o compañera permanente del señor ISMAEL PINILLA ACOSTA.

## CONSIDERACIONES

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del señor ISMAEL PINILLA ACOSTA acaeció el 13 de mayo del 2009 conforme al registro civil de defunción visible a folio 29, quien se encontraba pensionado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según Resolución 011304 del 13 de diciembre de 1993 (fls. 30 a 32), entidad que mediante resoluciones No. 018996 del 25 de junio de 2010, 017486 del 26 de mayo de 2011 y 01154 del 03 de abril de 2012 (fls. 03 a 24), le concedió la sustitución pensional a la menor DANIELA ISABEL PINILLA QUIMBAYO hija del causante en cuantía del 50% a partir de 13 de mayo de 2009, dejando en suspenso el otro 50% hasta tanto la justicia determine a cuál de las señoras que hoy reclaman la prestación, le correspondía el derecho. 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 mencionadas señoras tienen derecho al reconocimiento y pago de la prestación por sobrevivientes, 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, 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 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, solo es exigible en caso de muerte del pensionado», 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(a) permanente supérstite respecto del pensionado del sistema que fallece, si resulta exigible un mínimo tiempo de convivencia 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 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 determinar si en efecto, las señoras MARIA AURORA DOMINGUEZ LASCARRO y LINDA DORIS QUIMBAYO CORTÉS lograron demostrar ese tiempo mínimo de convivencia en los términos requeridos por la jurisprudencia, para lo cual se indica que por parte de la primera de las mencionadas, MARIA AURORA DOMINGUEZ LASCARRO, se agregaron al expediente las declaraciones extra proceso rendidas ante la Notaría Segunda del Circulo de Barrancabermeja, de ANTONIA DE LA PAZ LÓPEZ DE DÍAZ, CRISTINA TORRES RODRÍGUEZ, EDY GUERRERO BLANCO y JOSE ETELIDES GUERRA FUENTES (Fls. 19 a 23), quienes al unísono manifestaron constarle que la pareja convivió por espacio de 25 años hasta la fecha del deceso del causante, 21 de ellos en calidad de compañeros permanentes, el resto como cónyuges. Indicaron que la pareja se trasladó a vivir en el año 1992 a la ciudad de Barrancabermeja, el año 1996 el actor se trasladó a Bogotá, luego en el año 2.000 viajó a los EEUU, nuevamente en el 2005 se regresó Barrancabermeja por problemas de salud y en el año 2006 la pareja contrajo matrimonio con la accionante, posteriormente el causante se internó en un hogar geriátrico hasta su fallecimiento 13 de mayo de 2009. Indicando que siempre estuvieron en permanente comunicación. Los mencionados señores, rindieron testimonio igualmente en el transcurso del proceso (fls. 176 a 179).

La señora ANTONIA DE LA PAZ LÓPEZ DE DÍAZ, explicó conocer a la señora MARIA AURORA DOMINGUEZ LASCARRO hace 46 años, que ella es madrina de su hija, así mismo que conoció al señor ISMAEL hace aproximadamente 40 años, cuando AURORA lo presentó como su novio, y después como esposos, explicó que estaban casados por lo civil. Recordó que el señor PINILLA trabajó en el Banco de Colombia, como empleado y dirigente del sindicato, que él le comentaba que tenía

dos hijos varones, así mismo dijo constarle que era beneficiario de una pensión por una enfermedad que tenía en el cerebro y que era la señora AURORA quien lo cuidaba y estaba pendiente, agregó que fue la única esposa que conoció, respecto de la señora, LINDA DORIS manifestó no conocerla, y concluyó que nunca vio al señor ISMAEL con otra persona. Precisando que lo dicho le constaba en su condición de vecina y amiga hace 46 años y que no vio al señor ISMAEL con otra persona, porque ellos eran vecinos.

Por su parte la señora CRISTINA TORRES RODRIGUEZ, quien informó ser amiga de la demandante desde hace 50 años, que la conoció porque eran vecinas, que conoció al señor ISMAEL PINILLA desde hace 30 años, porque se casó con la señora MARIA DOMINGUEZ LASCARRO, explicó que vivieron en el mismo sector donde ella vivía, y que tuvieron una relación de 30 años, que se casaron civilmente, así mismo manifestó constarle que el causante trabajó en el Banco Colombia, y que era jubilado del Seguro Social, que le escuchó que tenía dos hijos varones, con la primera esposa, enfatizó no conocer a la señora QUIMBAYO y precisó que la relación fue continua, que siempre vivieron en el mismo lugar, hasta que él murió.
La señora EDY GUERRERO BLANCO, manifestó conocer a la señora demandante, desde julio de 1973 cuando ingresó a laborar en el BANCO DE COLOMBIA junto a ella, que conoció al finado desde el año 1985, en el mismo banco y porque a la vez era representante sindical y en Barrancabermeja, ciudad donde ella radica, explicó que lo conoció hasta su muerte en el 2009. Recordó que él tenía una relación con la actora y sabía que se fueron a vivir a Bogotá, después a Bucaramanga y después Barrancabermeja, donde se casaron mediante matrimonio civil. Expuso que el causante, laboraba con el Banco de Colombia, y que hablaba de los 2 hijos varones, que tenía, a los que siempre mencionaba, pero no los conoció. Informó conocer que el señor PINILLA era beneficiario de una pensión por el Instituto de Seguro Social, de manera anticipada porque tenía una enfermedad, recalcó que no conoce a la señora LINDA DORIS QUMBAYO, nunca había oído hablar de ella. Frente a la convivencia con la demandante, declaró que fue una relación pública, que los últimos años fueron sus vecinos por algo más de un año, que estuvieron viviendo también en Bogotá y Bucaramanga, que esto le consta porque ella fue al apartamento tanto en Bogotá como en Bucaramanga.

Finalmente, el señor JOSE ETALIDES GUERRA FUENTES explicó conocer a la señora MARÍA AURORA DOMINGUEZ LASCARRO desde 1979, en una fiesta, donde se volvieron amigos, incluso ella es la madrina de sus hijas; por otra parte explicó conocer al causante por intermedio de su esposa en 1985, ya que él hacía parte del sindicato del BANCO DE COLOMBIA y de ahí se hicieron amigos, manifestó constarle

que tuvo una relación con AURORA DOMINGUEZ, que inicialmente fue una unión libre y posteriormente se casaron mediante un contrato civil en notaria, recordó que en las charlas que tenía con el causante, este le comentó que tenía 2 hijos varones con su primera esposa, así mismo le manifestó que era pensionado por el Seguro Social, que fue una pensión anticipada debido a que le descubrieron un tumor en la cabeza. Añadió no conocer a la señora LINDA QUIMBAYO, por el contrario, dijo constarle que la relación con la señora AURORA fue de manera continua e ininterrumpida, que, hasta última hora, estuvieron juntos, si bien hubo momentos donde él se tuvo que trasladar en Bogotá, la actora siempre lo asistió en su enfermedad, siempre estuvo muy pendiente de él, comentó que a veces ella tenía que ir a Barrancabermeja, sin embargo, permanecía más tiempo en Bogotá.

A su turno, la demandante en su interrogatorio de parte, manifestó que se casó con el señor ISMAEL PINILLA, el 21 de abril de 2006 en Barrancabermeja, que iniciaron su convivencia en el barrio Galán, informó que se conocieron en 1985 porque trabajaban en una entidad bancaria, que en 1990 se unieron en unión libre y vivieron en Bogotá, por la calle 26; posteriormente, en 1992 se trasladaron a Bucaramanga hasta 1994 , cuando el causante tomó la decisión de trasladarse a Bogotá. Agregó que para los años 2000 al 2005, el causante se fue a Estados Unidos, y una vez regresó se radicó en Barrancabermeja, explicó que siempre estuvieron en permanente contacto, y que para el 2005 el finado se trasladó Bogotá por los tratamientos médicos, pues él no estaba conforme con los tratamientos de Bucaramanga y Barrancabermeja, así que decidió trasladarse a Bogotá e internarse en el hogar geriátrico. Recordó que cuando se casaron y el decidió trasladarse para Bogotá, ella se quedó en Barrancabermeja, porque allí trabajaba, pero siempre estuvieron en constante comunicación. Explicó que la enfermedad que padecía el causante era cáncer en la cabeza; dijo desconocer si cuando él llegó a Bogotá realizó alguna actividad económica, expuso que él le decía que estaba trabajando, pero no sabe en qué empresa, ya que ella estaba en Bucaramanga y él en Bogotá, desde 1994 hasta el 2000, año en que el señor PINILLA decidió trasladarse a Estados Unidos, donde precisó estuvo aproximadamente 2 o 3 años, tiempo en el que ella vivió en Barrancabermeja; anotó que él regresó de Estados Unidos a mediados de 2002, y se radicó en Bogotá donde su hermana CLARA PINILLA quien falleció, mientras ella seguía en Barrancabermeja, explicó que no viajó con él a Estados Unidos, porque no tenían los recursos económicos para viajar los dos y que cuando él llegó a Bogotá ella trabajaba, por ello no podía estar todo el tiempo con él, manifestó que una relación, no necesariamente deben estar en el mismo lugar, recalcando que hay personas que trabajan en diferentes ciudades, y que así era su relación. Expuso, que pese a que ya estaba pensionado seguía en Bogotá ya

que consideraba que tenía mejor servicio médico, recordó que, al momento de su fallecimiento, se encontraba en el hogar de paso y falleció en la clínica hospitalaria San Juan, el 13 de mayo a las 12:05 del mediodía, que ese día se encontraba con la primera esposa, que llevaba interno aproximadamente 1 año, pero no recordó bien la fecha. Sostuvo que el causante no tenía una relación con la señora LINDA DORIS QUIMBAYO, sin embargo, tenía conocimiento de una hija con ella, de lo cual se enteró al encontrar el registro civil de la misma; agregando que contrajo matrimonio en el 2006, por decisión del obitado, pues él tenía una relación antes y no había hecho separación legal. Indicó ser pensionada aproximadamente desde el 2005, pero explicó que su pensión era corta, razón por la cual tenía un trabajo. Indicó que el acudiente del fallecido en el hogar geriátrico era el hijo y la hermana, recordó que para el fallecimiento del señor PINILLA le entregaron las pertenencias a su hijo OSCAR y a su primera esposa, para evitarle el dolor de ir por ellas, concluyendo que visitaba al extinto señor PINILLA cada 15 días del 2006 al 2009, y previo a esto lo visitaba cada 3 o 6 meses y que él vivía con su hermana CLARA quien ya falleció, recordó que fue el hijo del causante quien asumió los gastos relacionados con las exequias.

Como pruebas documentales, la demandante aportó registro civil de matrimonio en el cual consta que el causante contrato nupcias con la señora demandante el 21 de abril de 2006 por el rito civil (fls. 29, 353 a 362) y comprobante de giro internacional de origen Estados Unidos remitido por el causante a la actora por $247.200 reclamado el 12 de julio del año 2.000 (fl. 24).

Respecto de la señora LINDA DORIS QUIMBAYO CORTÉS, se recaudaron los siguientes testimonios:

DEYANIRA REINA DUQUE, manifestó que conoció al fallecido ISMAEL PINILLA porque fueron compañeros en la universidad desde 1975, que estudiaron comercio internacional en la Universidad Tadeo Lozano, que cuando lo conoció estaba casado con EVA PINILLA hasta aproximadamente 1990 y que se separaron. Que conoció a la señora LINDA DORIS QUIMBAYO en 1994, por intermedio del causante, que cuando la conoció ellos vivían juntos y tenían una niña de meses, añadió que vivían, en la carrera 21 con 143, en el tercer piso, y ella en el segundo, que ella (la testigo) vivió allí 4 años y la pareja aproximadamente unos 6 o 7 años, explicó que todos se tuvieron que mudar porque vendieron el edificio para construir algo nuevo, que ellos se fueron a vivir a 2 cuadras de donde estaban. Agregó, la convivencia entre la señora LINDA DORIS QUIMBAYO y el señor ISMAEL PINILLA inició alrededor

de 1990 cuando se separó de EVA, que el causante padecía de cáncer lo que le trajo otras complicaciones medicas como perdida de la visión, y el olfato. Indicó, el causante no hizo viajes con frecuencia y que los veía prácticamente todos los días porque eran vecinos, durante 4 años, tiempo en el cual no vio que se ausentara 2 o 3 días, que el último lugar de residencia que conoció fue en la 142 con 20 aproximadamente. De igual modo, mencionó que el causante fue llevado a un hogar geriátrico donde permaneció aproximadamente 1 año; que de su amistad con el señor PINILLA nunca supo de la relación con señora MARIA AURORA DOMINGUEZ, tampoco le manifestó que se había casado en el año 2006. Anotó que el señor ISMAEL viajó a Estados Unidos durante unos meses pero tuvo que regresar porque se agravó, que estuvo en una clínica psiquiátrica en Chía, pero no recordó el año, que permaneció durante 2 meses, por ser agresivo, que ya no podía estar en la casa, incluso agredió a la señora QUIMBAYA CORTÉS con un cuchillo, siendo ella quien estuvo a cargo de él en ese hogar geriátrico; indicando igualmente, que el señor PINILLA murió en mayo de 1999, asistiendo ella a las exequias, donde vio a la señora MARIA AURORA DOMINGUEZ.

HERNANDO PLÁCIDO PINILLA, hermando del causante, indicó que la interviniente ad excludendum es su cuñada, DANIELA PINILLA QUIMBAYO es su sobrina. Manifestó que siempre vio a su hermano con la señora LINDA DORIS QUIMBAYO, que su primera esposa fue EVANGELINA con quien se casó hace aproximadamente 45 años y convivió hace unos 30 o 33 años y posteriormente se separaron; desconoció que su hermano tuviera una relación con MARIA AURORA DOMINGUEZ, y que no la conoce, explicó que visitaba a su hermano cada mes o mes y medio y cuando enfermó lo visitaba más a menudo, agregó que la convivencia del causante con la señora LINDA DORIS QUIMBAYO inicio en 1994, que residían en Bogotá y que en algunas ocasiones viajaba a Bucaramanga, porque tenía una camioneta de transporte y llevaba acarreos, pero desconoce si tenía allí un apartamento, pues él le dijo que de pronto iba a hacer una inversión pero no más; agregó que su hermano no viajaba a Barrancabermeja, que residía con la señora LINDA DORIS en la carrera 21 con 139 o 140, aproximadamente durante 10 años, qué tuvo que internarse en hogar geriátrico porque tenía un tumor en la cabeza y se ponía muy agresivo, que así lo decidió la señora DORIS QUIMBAYO y uno de sus hijos, OSCAR PINILLA. Explicó constarle que su hermano viajó a Estados Unidos, dos veces, para visitar otros hermanos y para conocer, que regresó para no dañar su visa y por su enfermedad, que estuvo internado en Chía, 3 días, porque se ponía agresivo y brusco además histérico, lo cual le constaba porque lo presenció. Añadió que su hermano inició la convivencia DORIS en octubre de 1994, que los visitaba cada

mes o mes y medio, que fue LINDA DORIS QUIMBAYO la persona que estuvo presente atendiendo la enfermedad de su hermano y su sobrino, OSCAR ORLANDO PINILL y que el acudiente en el hogar geriátrico era la señora LINDA DORIS QUIMBAYO.

La señora BLANCA EFIGENIA PINILLA DE GUERRERO, explicó ser hermana del causante, ISMAEL PINILLA, quien falleció el 13 de mayo de 2009, quien convivía con la señora DORIS QUIMBAYO y su hija, convivencia que inició el 01 de octubre de 1994; mencionó que él enfermó y lo internaron por psiquiatría, en Chía, donde estuvo alrededor de mes o mes y medio, de ahí estuvo en su casa y luego en el hogar geriátrico; recordó que antes de la señora QUIMBAYO, estuvo casado con la señora EVANGELINA, quien ya falleció y con quien tuvo 2 hijos. Manifestó desconocer que en el 2006 se casó con la señora MARÍA AURORA DOMINGUEZ LASCARRO, asegurando que su hermano siempre vivió con DORIS, en la calle 140 y 141, más de 10 años, pero que casi no los visitaba en ese tiempo, comenzó a hacerlo cuando enfermó y que posteriormente, su hermano se fue a vivir al hogar geriátrico entre el 2004 y 2006, que la persona que estuvo a cargo de la enfermedad de su hermano fue la señora LINDA DORIS QUIMBAYO, siendo la causa del traslado al hogar geriátrico que estaba agresivo y en el hospital le dijeron que no era conveniente que estuviera en familia, aconsejándole a la mencionada señora que fuera a un hogar geriátrico, donde la señora QUIMBAYO fue su acudiente, le llevaba pijamas y el almuerzo. De igual modo, señaló que él se escapaba y se iba de paseo, a Bucaramanga y a Estados Unidos, de donde llegó muy enfermo, motivo por el cual no viajo más, recordó que asistió a las exequias y vio a la señora MARIA AURORA DOMINGUEZ, y cree que los gastos los cubrió la señora DORIS QUIMBAYO; además, adujo no saber si su hermano tenía una relación comercial que lo vinculara a la ciudad de Bucaramanga y desconocía si tenía un apartamento en esa ciudad.

La señora JACQUELIN SÁNCHEZ BONILLA, manifestó conocer al señor ISMAEL PINILLA en el año 1999 cuando su hija tenía unos 5 o 6 meses de nacida, viviendo con la señora DORIS QUIMBAYA en la calle 142 barrio Cedritos en un apartamento, donde los visitaba más o menos 2 veces a la semana; que además de esa dirección, también convivieron en la 143, más o menos en el año 1999, durante 1 año. Dijo que el causante falleció como en el 2005, y ella asistió al funeral. Agregó que en el 2004 estuvo en una clínica psiquiátrica en Chía durante 1 mes, después estuvo en un hogar geriátrico en Chapinero. Explicó que él no era casado, y que no sabe si viajaba a Bucaramanga, pero le constaba que vivió con la señora LINDA DORIS QUIMBAYO a quien conoce hace 22 años, lo cual sabe porque ella se lo contó. Explicó no conocer a la señora MARIA AURORA DOMINGUEZ, a quien vio el día del funeral

del causante, pero no sabía la relación que tenían, de ello se enteró porque se lo contó la interviniente ad excludendum, agregó que el finado ISMAEL PINILLA se fue a vivir al hogar geriátrico, por su agresividad, al necesitar cuidados más especiales, lo cual le consta porque presenció esos episodios de agresividad. Dijo conocer a la señora DORIS QUIMBAYO al ser cliente de un salón de belleza donde ella trabajaba; sostuvo que los hijos del causante fueron quienes tomaron la decisión de internar en el geriátrico al causante; aseguró que el causante estuvo fuera del país por cuestiones médicas, en Estados Unidos le diagnosticaron el tumor, como en 1997 según lo que le contó la señora LINDA DORIS QUIMBAYO.

En ese orden, la demandante MARÍA AURORA DOMÍNGUEZ LASCARRO explicó ser quien desde hacía 21 años convivía en unión marital de hecho, bajo el mismo techo, compartiendo cama, techo mesa y de manera ininterrumpida con el causante hasta el fallecimiento del causante el 13 de mayo de 2009, protocolizando su relación mediante matrimonio civil tres (3) años atrás, para un total de convivencia de 25 años.

Por su parte, la interviniente ad excludendum LINDA DORIS QUIMBAYO CORTÉS, adujo en el interrogatorio que le fue practicado, haber convivido con el extinto ISMAEL PINILLA desde octubre de 1994, que convivían en el barrio Cedritos en Bogotá en un apartamento en arriendo, explicó que en el año 2007 se tuvo que trasladar a un hogar geriátrico, así que había momentos donde estaba en el hogar y momentos que estaba en su casa, ya que padecía un problema psiquiátrico. Informó que en el hogar geriátrico, él tenía por acudientes a ella y uno de los hijos del causante, que en ocasiones dormía en el hogar geriátrico y otras veces en su casa, informó que su traslado fue con ocasión a la agresividad que tenía con su hija y con ella, recordó que vivieron en Bucaramanga desde 1994 hasta 1997 en un apartamento que él había comprado en esa ciudad, luego él lo permutó por una casa, después la vendió y regresaron a Bogotá, que siempre estuvo pendiente de él en el tiempo que permaneció en dicho hogar geriátrico. Expuso que sabía que se había casado con la señora EVANGELINA CALDERÓN, quien fue su primera esposa hasta aproximadamente el año 1991. Informó que vivió con ella y que a veces visitaba a sus hermanas, 1 o 2 días; explicó que lo cremaron en la funeraria Gaviria, a petición de su hijo. Manifestó que no conoció a la señora MARÍA AURORA DOMINGUEZ, que sólo la vio por fotos y el día del entierro del causante, dijo saber que eran amigos porque una hermana del señor obitado se lo contó desde 1992, añadió que el causante había hecho un viaje a Estados Unidos y una semana después que lo diagnosticaron con cáncer, regresó para iniciar con sus tratamientos, que ella lo acompañó siempre, pese a que no reaccionó

al tratamiento, razón por la cual se retiró del trabajo para cuidarlo, recordó que el primer viaje que hizo el causante a Estados Unidos fue en 1998, inicialmente fue a visitar a su familia, la hermana, los sobrinos, y un ex cuñado, que duró 6 meses visitándolos, después fue en el año 1999 porque él decía que económicamente estaban muy mal, explicó que él quería que se fueran juntos con su hija, pero tuvo que regresar, por su enfermedad así que el viaje nunca se realizó, agregó que fue por decisión propia del causante, quien una día dijo que no les quería hacer daño así que decidió ir a un hogar geriátrico para morir en paz, así que lo internaron en Chapinero, donde duró 2 años, previó a ello, recordó que en el 2004 estuvo internado en la clínica San Juan de Chía, porque golpeó a su hija de 5 años y agredió al médico que lo trataba, así que el doctor lo remitió a psiquiatría, en donde duró 1 mes, posteriormente tuvo problemas de salud y fue llevado de urgencias, recordó que él siempre tenía una argolla del primer matrimonio, desde que lo conoció y que nunca se la quitó, luego pudo ver que le había puesto las letras de la señora MARÍA AURORA DOMINGUEZ. Añadió que el señor PINILLA viajaba frecuentemente a BUCARAMANGA porque tenían un apartamento allí, y ya cuando estaba enfermo decía que iba a ver qué había pasado con el apartamento, duraba 2, 3 días máximo 8, esto fue para el 2005, sin embargó aseguró que no viajaba a BARRANCABERMEJA, añadió que la señora MARÍA AURORA DOMINGUEZ no lo visitaba en el hogar geriátrico; concluyendo que el señor ISMAEL PINILLA le decía que firmara las declaraciones que estaban juntos porque eso le podía servir en un futuro para demostrar que estaban juntos.

Respecto a la prueba documental aportada por esta interviniente, se evidencian declaraciones extra procesos de los anteriores testigos, DEYANIRA REINA DUQUE, JACQUELINE SÁNCHEZ BONILLA, HERNANDO PINILLA Y BLANCA PINILLA DE GUERRERO, en las cuales manifestaron la convivencia de la pareja PINILLA-QUIMBAYO durante 12 años de 1994 a 2006 cuando por cuestiones de salud, fue trasladado a un hogar geriátrico el causante (fls. 113, 117 y 118, 368-369); fórmula médica expeditada por la ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO a nombre del causante de fecha 28 de mayo de 2005, recibida por la señora DORIS QUIMBAYO (fl. 99); factura de venta por concepto de consulta ambulatoria del causante, expedida por el Instituto Nacional de Cancerología ESE, de fecha 01 de octubre de 2003; suscrita igualmente por la señora QUIMBAYO (FL. 102-103, 341); copias de carnets de afiliación expedidos por el ISS que dan cuenta de la calidad de beneficiaria del actor en el servicio de salud, de la señora Linda Doris Quimbayo (fl. 108); también de folios 283 a 286, formatos autoliquidación de aportes al ISS-salud, de marzo y mayo de 1999, donde se puede observar que el causante pagaba el aporte correspondiente en favor de la señora QUIMBAYO CORTÉS; se aportó autorizaciones suscritas por el

causante de fecha 10 y 19 de agosto de 1999 dirigidas al Banco Central Hipotecario, en la cual indica que por motivo de viaje a los Estados Unidos, autoriza a la señora LINDA DORIS QUIMBAYO CORTÉS para todo lo relacionado con el manejo de su cuenta de ahorros, precisando que esta «es mi esposa» (Fls. 77 y 291); declaración extra proceso de fecha 24 de marzo de 1999, rendida ante notario por el causante y la señora QUIMBAYO, donde indican ser «QUE DESDE OCTUBRE DE 1994, CONVIVIMOS EN UNIÓN MARITAL DE HECHO, QUE DE NUESTRA UNIÓN EXISTE UNA HIJA DE NOMBRE DANIELA ISABEL PINILLA QUIMBAYO» (fls. 78 y 289); declaración extra proceso rendida ante notaría el 18 de marzo de 2002, por los susodichos, donde indican igualmente que «Vivimos en unión libre desde hace 8 años, convivimos bajo el mismo techo, de dicha unión nació DANIELA ISABEL PINILLA QUIMBAYO, de 3 años de edad» (fls. 79 y 290); de igual modo declaración extra proceso rendida ante notaría el 12 de febrero de 2003, donde indican igualmente que «Vivimos en unión libre desde hace 9 años, convivimos bajo el mismo techo, de dicha unión nació DANIELA ISABEL PINILLA QUIMBAYO, de 4 años de edad» (fl. 115); formulario único de afiliación a seguridad social en salud del ISS fechado 12 de marzo de 2002, en el cual se, indicó como beneficiarios del causante a la señora LINDA DORIS QUIMBAYO CORTÉS y DANIELA ISABEL PINILLA QUIMBAYO (fls. 80, 119 y 288).

De igual manera, reposa en el plenario comunicación suscrita por el causante el 20 de abril de 1999, dirigida a la Embajada de los Estados Unidos, certificando que la señora LINDA DORIS QUMBAYO CORTÉS, su esposa y su hija dependen económicamente de él (fl. 121); constancia de fecha 31 de marzo de 2004, expedida por la Clínica San Juan de Chía, en la que se hace constar que en la misma se encontraba hospitalizado el causante desde el 30 de marzo de 2004 recibiendo tratamiento médico-psiquiátrico (fls. 82 -105); recibo de caja No. 1491 del 04 de mayo de 2009 expedido por la Fundación Manantial, en el que se observa el pago DE $750.000 por parte de la señora DORIS QUIMBAYO, por concepto de cuota de sostenimiento y cuidado de Ismael Pinilla del mes de mayo /09 (fls. 84); contrato de ingreso a dicha fundación del 01 de febrero de 2007, en el cual se observa como primer acudiente a la señora DORIS QUIMBAYO, indicándose en el aparte de parentesco con el paciente: «mamá de su hija (Daniela Pinilla) (Doris Quimbaya)», como segundo acudiente, el hijo del causante OSCAR PINILLA, sin embargo, sólo firmó la primera (fls. 85); comunicación del 23 de mayo de 2009 de parte de la mencionada fundación a los señores OSCAR PINILLA, EVA CALDERÓN y LINDA DORIS QUIMBAYO, haciendo entrega de las pertenencias del causante (fls. 87-367). Comunicación del 10 de agosto de 1999, dirigida al Banco Central Hipotecario Carta

del 10 de junio de 2.000, dirigida a la entidad bancaria DAVIVIENDA, en la cual el causante comunica que por motivos de viaje a Estados Unidos, autorizaba y le concedía amplio poder a la señora QUIMBAYO, «quien es mi esposa», para todo lo relacionado con el manejo de su cuenta de ahorros, indicando además que ella podía retirar el dinero de su pensión, destinado para los gastos de la casa (fl. 293). En ese mismo sentido, se aprecia autorización del 21 de abril de 2004 (fl. 352)

De igual modo, se agregaron de folios 294 a 311, comprobantes de envío de dinero por parte del causante a la señora DORIS QUIMBAYO desde los Estados Unidos, entre el 10 de febrero de 2.000 y el 11 de septiembre de 2001. Así también, cartas manuscritas por el causante y dirigidas a la mencionada señora y su hija Daniela Pinilla Quimbayo fechadas 26 de noviembre de 2.000, enero 1° de 2.001, junio 24 de 2001, noviembre 18 y 24 de 2001 y enero 22 de 2002. Asimismo, de la historia clínica arrimada al plenario, se evidencia factura del 15 de enero de 2004 por atención a urgencias al causante en la ESE Hospital San Rafael de Girardot, donde suscribe la liquidación de y cartera, la señora QUIMBAYO (FL. 343), al igual que las fórmulas médicas vistas a folios 343 a 345 del 28 de enero de 2004 y 28 de diciembre de 2005, la orden de salida por hospitalización del 13 de mayo de 2009 -fl. 366.

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 la accionante MARIA AURORA DOMINGUEZ LASCARRO sí convivió con el causante, no lo fue en la forma requerida por las disposiciones legales y alcances jurisprudenciales vigentes. Pues en su caso, está clarificado en el plenario que contrajo matrimonio con el causante, en el año 2006 según el propio dicho de la señora Doris corroborado con la prueba testimonial, incluso por la señora QUIMBAYO, pero no es posible hablar de una convivencia continua y permanente por espacio de 5 años en cualquier tiempo con el pensionado fallecido, mucho menos de la eventualidad de la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia al momento del fallecimiento del causante, todo lo contrario, lo que se vislumbra de los testimonios que pretenden demostrar esa convivencia, es que eventualmente hubo vida de pareja pero no con el ánimo de permanencia, incluso esos testimonios que vivían en la ciudad de Barrancabermeja no pudieron dar cuenta de detalles de la presunta convivencia, indicando de manera contradictoria que siempre estuvieron juntos, sin detallar por ejemplo que el causante estuvo viviendo fuera del país, señalaron de manera genérica que la pareja convivió por espacio de 25 años, pero ello contrastado con el propio dicho de la demandante, no es posible concluirlo, evidenciando la Sala que incluso para los últimos años de vida del

causante, 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 pudieron haber convivido no se acredita cuánto fue ese tiempo y si fue permanente, a juicio de la Sala, la orfandad probatoria en este puntual aspecto no permite dilucidar que 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 dicen los testigos, estos se limitan a indicar que a pesar de la separación siempre estuvieron pendientes el uno del otro, pero sin manifestar porqué les constaba.

De tal manera que, valorada íntegramente las pruebas traídas a los autos, a la luz de la sana crítica no ofrece a la Sala mayores elementos de convicción y/o credibilidad respecto a una convivencia de la señora MARÍA AURORA DOMINGUEZ LASCARRO hasta el momento del fallecimiento, sin que, se insiste, puedan establecerse vínculos de acompañamiento, solidaridad, lo cual conlleva a concluir que en efecto ese vínculo se rompió por completo, se itera, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida, que es lo que finalmente se vislumbre en este caso particular.

Respecto a la señora LINDA DORIS QUIMBAYO CORTÉS, estima esta Colegiatura, contrato a lo definido en primera instancia, que sí se encuentra plenamente acreditado en el plenario que convivió en los términos legales y jurisprudenciales antes explicados, esto es, no sólo por espacio de cinco años en cualquier tiempo, sino hasta el momento en que falleció el señor ISMAEL PINILLA ACOSTA. En efecto, la prueba testimonial en armonía con las declaraciones extra proceso y los demás documentos analizados, permiten concluir que la pareja convivió desde el año 1994 hasta el 13 de mayo de 2009, en virtud de la cual procrearon una hija, no siendo un dato menor que esta contara con apenas 10 años al momento de su fallecimiento, advirtiendo la Sala que a dichas versiones, las que dan cuenta de la convivencia, se les otorga credibilidad al ser contestes, coherentes y espontáneas, además, respondieron las preguntas de manera clara y sin titubeos en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre la convivencia, de modo que son idóneas y resultan convincentes frente a los hechos que depusieron y permiten concluir entonces, que la convivencia

como compañeros permanentes se suscitó con un compromiso de vida real y con vocación de continuidad, pues la pareja no se separó sino hasta la muerte del pensionado, advirtiéndose la unanimidad en resaltarse que era la señora QUIMBAYO CORTÉS fue quien estuvo al cuidado del finado en su enfermedad previa a la muerte, inclusive cuando este fue internado en un hogar geriátrico, pues la documenta cuenta que era ella quien paga el mismo y estaba al tanto de la salud del finado; ello sumado a que la credibilidad que se advierte de esas declaraciones deviene de la cercanía y familiaridad de los testigos con la pareja, pues se trata de dos hermanos del causante, amigos cercanos a la familia, a quienes les consta directamente lo afirmado en el proceso, sin que se evidencien contradicciones o yerros de bulto que conlleven a desechar de plano sus dichos, pues se insiste, no observa la sala parcialidad en favor de los intereses de la aquí interesada.

Así las cosas, como la demandante pretendía ser la beneficiaria del causante y afiliado ISMAEL PINILLA ACOSTA y no demostró la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia durante 5 años en cualquier tiempo y tal vinculado haya perdurado hasta el fallecimiento, no se da cumplimiento al presupuesto contenido en el 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 vislumbra en el caso de marras respecto de la demandante MARIA AURORA DOMINGUEZ LASCARRO, pues es claro que esos vínculos no perduraron incluso, advirtiendo las separaciones que indicó la misma, tal como da cuenta la prueba recaudada; aspecto que sí se denotan respecto de la señora LINDA DORIS QUIMBAYO CORTÉS, esto es, el vínculo dinámico y actuante de solidaridad, acompañamiento espiritual y económico hasta el deceso del afiliado.

De ahí que deba revocarse parcialmente la sentencia de primera instancia, para en su lugar, condenar a COLPENSIONES a sustituir el derecho pensional en cabeza de la señora LINDA DORIS QUIMBAYO CORTÉS, a quien desde luego, le corresponde el 50% de la prestación que en vida disfrutaba el causante y que no es objeto de debate, pues el otro 50% lo disfruta la hija de la pareja DANIELA ISABEL PINILLA

QUIMBAYO, tal como se observa de la certificación de pagos efectuados a la misma, obrante de folios 486 a 489, el cual perdurará hasta que acredite los requisitos legalmente exigidos para su disfrute y hasta los 25 años de edad, momento en el cual será del 100% a favor de la aquí titular del derecho.

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, como quiera que el derecho pensional se causó el 13 de mayo de 2009, se solicitó ante el ISS la prestación el 29 de mayo del 2009, siendo resuelta mediante Resolución No. 018996 del 25 de junio del año 2010, la cual fue confirmada por medio de las Resoluciones 017486 del 26 de mayo de 2011 y 01154 del 03 de abril de 2012 (fls. 03 a 24) y teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 10 de julio de 2013 (fl. 42), siendo notificada efectivamente en los términos de que trata el artículo 94 del CGP, resulta claro que no se configuró la excepción de prescripción.

Así las cosas, se determina como retroactivo calculado desde el 13 de mayo de 2009, hasta el 31 de enero de 2021, la suma de $200.652.220, tal como se discrimina a continuación:

| EVOLUCIÓN DE MESADAS PENSIONALES. | | | | |
|---|---|---|---|---|
| AÑO | IPC Variación | VALOR 50% MESADA EN SUSPENSO | No. MESADAS ANUALES | TOTAL |
| 2.009 | | $1.002.107,00 | 9,60 | $9.620.227 |
| 2.010 | 0,0200 | $1.022.149,14 | 14 | $14.310.088 |
| 2.011 | 0,0317 | $1.054.551,27 | 14 | $14.763.718 |
| 2.012 | 0,0373 | $1.093.886,03 | 14 | $15.314.404 |
| 2.013 | 0,0244 | $1.120.576,85 | 14 | $15.688.076 |
| 2.014 | 0,0194 | $1.142.316,04 | 14 | $15.992.425 |
| 2.015 | 0,0366 | $1.184.124,81 | 14 | $16.577.747 |
| 2.016 | 0,0677 | $1.264.290,06 | 14 | $17.700.061 |
| 2.017 | 0,0575 | $1.336.986,73 | 14 | $18.717.814 |
| 2.018 | 0,0409 | $1.391.669,49 | 14 | $19.483.373 |
| 2.019 | 0,0318 | $1.435.924,58 | 14 | $20.102.944 |
| 2.020 | 0,0380 | $1.490.489,72 | 14 | $20.866.856 |
| 2.021 | 0,0161 | 1.514.486,60 | 1 | $1.514.487 |
| | | | TOTAL RETROACTIVO | $200.652.220 |

Frente a los intereses moratorios solicitados, debe decirse que la decisión de dejar en suspenso el reconocimiento pensional por parte de la entidad es un acto válido en los términos del artículo 34 del Decreto 758 de 1990, por lo que en los términos de la

sentencia SL -787 del 26 de noviembre de 2013 proferida por la H. Sala Laboral de la CSJ, éste es un acto en virtud del cual se dio estricta aplicación a las normas de la seguridad social, por lo que su demora no fue un actuar caprichoso sino respaldado en la aplicación de minuciosa de la ley, situación que la exonera de la imposición de los intereses moratorios, en su lugar, se dispondrá el pago del retroactivo pensional debidamente indexado.

Finalmente, se autorizará a la entidad para que descuente del retroactivo pensional el valor que corresponda por concepto de aportes con destino al sistema de seguridad social en salud en los términos del artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Así se decidirá sin costas en ambas instancias, en esta instancia por considerar que no se causaron; en primera instancia, en razón a que la negativa a conceder la prestación por parte de la entidad accionada, obedeció a un conflicto entre potenciales beneficiarias.

## 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 PARCIALMENTE la sentencia de primer grado, para en su lugar CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora LINDA DORIS QUIMBAYO CORTÉS la sustitución pensional en calidad de compañera permanente del pensionado ISMAEL PINILLA ACOSTA, en un porcentaje del 50% sobre la mesada pensional reconocida mediante Resolución No. 018996 del 25 de junio de 2010 en favor de la menor DANIELA ISABEL PINILLA QUIMBAYO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

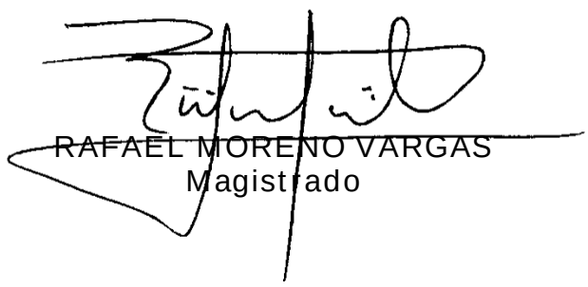
SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES reconocer y pagar a la señora LINDA DORIS QUIMBAYO CORTÉS la suma de $200.652.220 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 13 de mayo de 2009 y el 31 de enero de 2021, sin perjuicio del que se siga causando y debidamente indexado, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

TERCERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES descontar del retroactivo pensional el valor que corresponda por concepto de aportes con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

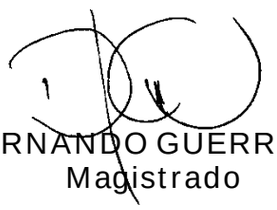
CUARTO. En lo demás se confirma la decisión de primer grado. Sin costas en ambas instancias.

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado MAURICIO QUINTERO MEDINA contra AVIANCA S.A. Y OTRO. Rad. 110013105-035-2018-00403-02.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala 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 de la parte demandada, contra la sentencia emitida el 22 de octubre de 2020 por el Juzgado treinta y cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá.

## ANTECEDENTES

El señor MAURICIO QUINTERO MEDINA por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral, por medio de la cual pretende que se declare que con la empresa Aerovías del Continente Americano S.A. «AVIANCA» existió una relación laboral a término indefinido desde el dos (2) de marzo del 2010, que la contratación fue de manera irregular por medio de la intermediación de la CTA SERVICOPAVA, empresa que debe responder solidariamente, que el salario debía ser el correspondiente a un cargo equivalente de los existentes en la planta de personal de AVIANCA al momento del despido, que debía percibir los emolumentos extralegales contemplados en el plan voluntario de servicios de Avianca y que al momento del despido gozaba de fuero de estabilidad laboral reforzada conforme al alcance dado por la Corte Constitucional. Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene su reintegro sin solución de continuidad en Avianca, que se condene de manera solidaria a las demandadas a la indemnización de 180 días de salario contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a cancelar el retroactivo de los salarios dejados de percibir, la diferencia salarial, la prima proporcional de servicios, vacaciones, la totalidad de las cesantías que nunca fueron canceladas por SERVICOPAVA, los

intereses sobre las cesantías, que se le cancele el dinero correspondiente a la dotación que se le dejó de entregar por año, que se condene al pago de la indemnización por la no consignación de las cesantías de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, todo de manera indexada.

De manera subsidiaria, solicitó que se declare que se realizó un despido sin justa causa, y como consecuencia de lo anterior, que se condene de manera solidaria a las demandadas al pago de la indemnización por despido sin justa causa y a la indemnización por falta de pago de que trata el artículo 65 del CST.

Como fundamento en sus pretensiones en síntesis indicó que, ingresó a trabajar a AVIANCA por intermedio de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA, desde el 2 de marzo de 2012, para ejercer las funciones de auxiliar de operaciones terrestres, informó que para ingresar a trabajar en AVIANCA participó en un proceso de selección conocido como «semillero» en AVIANCA, que SERVICOPAVA le asignó las responsabilidades exigidas por AVIANCA, tomando 3 pólizas de seguros qué contrato con la empresa ALLIANS SEGUROS DE VIDA S.A. Agregó que debía portar los carnet como trabajador de AVIANCA, que para el acceso a las áreas restringidas del aeropuerto debía portar el carnet de la OPAIN, empresa que tiene la concesión para la administración del aeropuerto, carnet que era tramitado por AVIANCA, para lo cual lo presentó como su funcionario, las labores que desempeñó fueron los procesos de cargue y descargue de equipajes y carga en las aeronaves de propiedad de AVIANCA, llevando sus labores de manera permanente, al servicio de la empresa en las instalaciones del aeropuerto, añadió que para poderse desempeñarse como auxiliar de asistencia en tierra, debió certificarse en AVIANCA en el manejo de conductas seguras en rampa y en mercancías peligrosas. Así mismo manifestó que las dotaciones, elementos de trabajo, insumos, instrumentos, etc., siempre se los suministro directamente AVIANCA, recibiendo dos dotaciones, de las tres que corresponden al año, dichas dotaciones ostentaban los logos distintivos de AVIANCA, y mediante una cartilla e instructivos indicaba detalladamente la forma de lucir las prendar corporativas. Puntualizó que presentó de forma personal y directa su labor, al servicio de AVIANCA en turnos rotativos de 8 horas y 45 minutos, AVIANCA programaba y asignaba los turnos mediante el programa EVOLUTION; informó que el HUB CONTROL de AVIANCA hacia el seguimiento de todo el personal de operaciones terrestres en asuntos como el registro de llegadas y salidas en el reloj biométrico; que los errores en los procesos de operaciones terrestres eran reportados a AVIANCA y daban lugar a procesos disciplinarios que realizaba SERVICOPAVA. Comentó que accedía a las plataformas corporativas de AVIANCA mediante un usuario y una contraseña proporcionados por la aerolínea; que anualmente la vicepresidencia de

talento humano de AVIANCA le realizaba evaluaciones de desempeño y desarrollo, evaluaciones que podían ser consultadas ingresando con usuario y contraseña a la aplicación “avancemos” de la página de AVIANCA.

Que las rutas de transporte eran proporcionadas por AVIANCA, y como contraprestación a sus servicios recibía una remuneración por quincenas pagadas por SERVICOPAVA, recordó que las demandas no consignaron las correspondientes cesantías junto con sus intereses en el fondo. Explicó que AVIANCA organizó y le impartió capacitación para el desarrollo de las actividades que debía cumplir de conformidad con las labores que le fueron asignadas, y le practicó evaluaciones, capacitaciones que eran de manera presencial o en forma virtual, mediante la aplicación «avancemos» de AVIANCA, esas capacitaciones conocidas como «recurrentes» eran obligatorias para permanecer en el puesto de trabajo.

Afirmó que podía ingresar a «vuela conmigo» y tramitar los pasajes a los que tenía derecho por disposición de la misma aerolínea, no obstante, al comparar el régimen de compensación de SERVICOPAVA, con el plan voluntario de beneficios de los empleados directos de AVIANCA, se encontraba en una situación de desigual. Explicó que por incurrir en intermediación ilegal tanto AVIANCA como SERVICOPAVA fueron sancionadas por el ministerio de trabajo mediante resolución 233 del 8 de mayo de 2012, para el 26 de diciembre del 2012 AVIANCA realizó un acuerdo y formalización laboral para que le suspendieron la sanción interpuesta, para sustentar cuáles actividades eran misionales permanentes y cuáles no, presentó un mapa de macroprocesos al ministerio el 7 octubre 2016.

Explicó que, a partir del 14 de septiembre 2017, se le impidió el ingreso a su puesto de trabajo, y mediante una carta SERVICOPAVA le comunicaron su suspensión transitoria, el 22 de septiembre radicó derecho de petición el que solicitud ser reincorporará a su trabajo, y que cesará el acoso para que renunciar a la estabilidad reforzada. La OPAIN respondió el derecho de petición el 12 de octubre 2017, en el cual anexa la solicitud presentada por AVIANCA para desactivar los carnets de 103 trabajadores, dentro de los cuales se encontraba el de él. Agregó que los directivos de la aerolínea se encargaron de convencer al personal de las ventajas de la formalización de operaciones terrestres a través del SAI S.A.S. cuando se conocieron los contratos de trabajo que se estaban firmando se comprobó que eran, a un año, que el salario se reducía de ($862.056) a ($750.000) y se perderían todos los beneficios extralegales a cambio de 4 bonos que se pagarían semestralmente.

Hasta julio del 2019 por lo confuso de la información no participó en la convocatoria y AVIANCA, inició el plan de retiro voluntario a partir del 14 de octubre del 2017, agregó que, según certificación laboral del 28 de octubre del 2007, la remuneración recibida

mensualmente era de ($862.056) más un subsidio transporte por ($83.140), un auxilio extraordinario de transporte por ($172.077) un beneficio de salud de ($85.538) y una remuneración por tiempo suplementario de ($147.512). El 18 de diciembre recibió en su cuenta de correo una paz y salvo de liquidación definitiva de compensaciones y le dan aviso que se le consignó como pago la suma de ($2.970.011). Que en certificación laboral de SERVICOPAVA, el 9 de abril del 2018 se dice que el motivo del retiro del demandante fue por la terminación del convenio, y en la certificación laboral del 16 de abril de 2018, se dice que el motivo del retiro el demandante fue por renuncia voluntaria.

Informó que el 24 de junio 2013, sufrió un accidente laboral, cuando levantó en equipaje, sintió un fuerte dolor de espalda que le impidió continuar con su labor a raíz del accidente se presentó a la ARL EQUIDAD, el16 de julio del 2013, en la cual se emitieron recomendaciones médicas por un mes, recomendaciones que fueron validadas en salud ocupacional de SERVICOPAVA, el 31 de julio a raíz de las recomendaciones, fue reubicado como «punta de a la terminal del puente aéreo», encargado de señalización para el ingreso de aeronave. El 14 de agosto del 2013 se le encontró afectación de una discopatía asociada a hernia discal, de acuerdo con las recomendaciones médicas emitidas por la ARL, fue trasladado a “la tabla selección dorado”, relacionada con el equipaje, el 3 de febrero del 2014 fue trasladado de área de “registrando” en un formato de conductas seguras en rampa elaborado por y para AVIANXA, el 01 de diciembre fue trasladado área de envío de equipaje. El 27 de octubre del 2015 la ARL calificó las secuelas del accidente laboral con una pérdida de capacidad laboral del 10,40%, la cual fue notificada a SERVICOPAVA con fecha del 6 de noviembre de 2015, calificación que apeló, para una nueva calificación de pérdida de capacidad laboral del 19,25%, siendo remitida a SERVICOPAVA.

Explicó que, para el momento de su despido, el 30 de noviembre 2017, se encontraba en recomendaciones laborales vigentes con la pérdida de capacidad laboral y tratamientos médicos, en consulta médica en la equidad el 3 de enero 2018, le fueron emitidas nuevas recomendaciones médicas y se le dieron órdenes para continuar con su tratamiento. El 21 de febrero 2018 instauró acción de tutela contra AVIANCA y SERVICOPAVA en la que pidió su reintegro. Para el 14 de marzo de 2018 el Juzgado 61 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá en el fallo de primera instancia, tuteló los derechos invocados y ordenó su reintegro, SERVICOPAVA impugnó la decisión y en segunda instancia correspondió resolverlo al Juzgado 20 Penal del Circuito con funciones de conocimiento, el cual falló la tutela el 30 abril del 2018 confirmando íntegramente el fallo de tutela de primera instancia. (fls.2 a 34, 260 a 266 y 267 a 300).

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

AVIANCA por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que, no existió un contrato de trabajo, en efecto el accionante nunca presto sus servicios a AVIANCA, tampoco fue subordinado a ella y menos recibió remuneración alguna por parte de esta, argumentó que el demandante fue cooperado de un tercero. Por otro lado, explicó que conoce que la cooperativa tenía una serie de beneficios pactados a favor de sus cooperados, no entendiendo porque el actor solicita el pago de diferencias de acreencias laborales, y respecto a quien solicitó se las iguale, adicional a ello no hay lugar a la aplicabilidad del pacto colectivo, puesto que se requiere que el actor manifestara su voluntad de acogerse al pacto y que AVIANCA lo aceptara, lo cual no ocurrió; agregó que el demandante no demuestra una pérdida de capacidad laboral, ni relación alguna de causalidad entre la enfermedad y la terminación de un pretendido e inexistente contrato de trabajo, y que la enfermedad mencionada no otorga estabilidad laboral reforzada, razón por la cual no se le adeudan salarios al actor, como tampoco acreencias laborales, reliquidación de las mismas, primas de servicios con base en inexistentes diferencias, así como de las cesantías. Explicó que de todas maneras SERVICOPA pagó lo equivalente a estas, con una compensación anual de las cesantías, así como de los intereses de estas; indicó que al no tener contrato de trabajo, no se le debió pagar dotación, y que cualquier pago derivado ya está pago por la cooperativa, incluyendo dotaciones, Propuso como excepciones previas, las de, «prescripción», e «inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones», y de fondo las de, «ausencia de relación laboral», «ausencia de prestación de servicios a mi defendida», «inexistencia de subordinación», «inexistencia de las obligaciones que se demandan», «Cobro de lo no debido», «libertad de empresa», «buena fe», «compensación», «prescripción», «inexistencia de las obligaciones», «indebida aplicación de las normas legales», «no limitación de la demandante al momento de la terminación el contrato de trabajo», «genérica» (fls.300 a 343).

A su turno SERVICOPAVA, hoy en liquidación, dio contestación a la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que, el demandante pretende desconocer el acuerdo cooperativo de trabajo asociado suscrito con esta cooperativa; indicó que entre el accionante y SERVICOPAVA nunca existió una relación laboral y mucho menos un contrato de trabajo escrito a término indefinido, por el contrario, lo que existió fue un acuerdo cooperativo de trabajo firmado y aceptado por las partes el 02 de marzo de 2010, el cual tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 2017, y debido a la imposibilidad de reubicar al accionante en otro cargo asociativo al interior de SERVICOPAVA, ya que las ofertas con los demás clientes finalizaron con corte al 30 de noviembre y 31 de diciembre de 2017. Enfatizó en que el actor nunca tuvo la calidad de

trabajador en ejecución de un contrato de trabajo, si no que su vinculación fue en condición de trabajador asociado, obligándose a poner a disposición de la cooperativa toda su capacidad técnica y operativa para efectos de ejecutar las instrucciones y/o proyectos de la misma; labores encomendadas dentro de los procesos y subprocesos no misionales con empresas clientes, de acuerdo con las ofertas mercantiles existentes entre la cooperativa y terceros contratantes, agregó que es evidente su ingreso a la cooperativa, que a la misma solicitó permisos para participar en jornada electoral, vacaciones y demás permisos concedidos por la cooperativa, y no a la empresa cliente, adicionalmente preciso que al actor no se le notifico un "despido" termino propio de un contrato de trabajo, lo que se le notifico fue una resolución de retiro de labores el 30 de noviembre de 2017, obedeciendo a una causal objetiva, esto es la finalización de la oferta mercantil no siendo posible su reintegro y debido a la finalización de las ofertas mercantiles no es viable reubicar al actor a ningún cargo asociativo, no obedeciendo esta imposibilidad a un tema de salud; explicó que al haberse desempeñado mediante acuerdo de asociación, no le asiste derecho al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales legales y extralegales, más cuando en su vínculo no percibía «salarios» si no «compensaciones» las cuales fueron pagadas en su totalidad , como tampoco le asiste derecho al pago de vacaciones, ni de cesantías, ni intereses, ni a consignar las cesantías a un fondo, ni a la sanción por el no pago de las mismas, al ser un concepto propio del contrato de trabajo. Propuso como excepciones de fondo, las de, «cobro de lo no debido», «compensación», «inexistencia de la obligación», «buena fe», «pago parcial y total», «inexistencia del contrato de trabajo», «prescripción», «genérica» (fls. 373 a 416).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 22 de octubre de 2020, condenó a AVIANCA a reintegrar al accionante al cargo que desempeñaba al momento de la terminación del contrato o a uno de condiciones acordes con su capacidad laboral, en virtud de la ineficacia de la culminación de la relación laboral que operó por ministerio de la ley. Así mismo condenó a AVIANCA y solidariamente a SERVICOPAVA pagar al demandante por concepto de salarios la suma de $21.705.075, cesantías $6.654.080, intereses de las cesantías $429.158, por la indemnización de que trata el artículo 99 de la ley 50 del 90, la suma de $28.735 diarios, que liquidado hasta el 22 de octubre de 2020 ascendió a la suma de $51.421.477, hasta que se consigne en el fondo; así mismo, por concepto de indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 la suma de $5.173.336.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que conforme a las pruebas allegadas a expediente, se advertía el Acuerdo Cooperativo, que devengaba una compensación

por el préstamo de su fuerza laboral en el aeropuerto EL DORADO para la empresa AVIANCA conforme al carnet y la dotación suministrada por la misma AVIANCA, así que le eran suministradas capacitaciones, por medio de los funcionario de AVIANCA, quienes impartían las ordenes, y quienes remitían el cambió de los turnos; indicó no ser claro que la cooperativa hubieses enviado la fuerza de sus trabajadores a AVIANCA, por razones objetivas, técnicas y productivas conforme la jurisprudencia, por manera que no se comprobó que las actividades desarrolladas por el actor tuvieran un resultado final especifico, como lo exige a norma. En consecuencia, tal relación tenía por objetivo ocultar la relación laboral con AVIANCA. En ese sentido, sostuvo que SERVICOPAVA actuó como un simple intermediario, aun cuando esta figura se encuentra prohibida. En ese sentido, con relación a las pretensiones económicas solicitadas, indicó que el actor no probó el salario que pretende, ni la nivelación. En cuanto a la estabilidad laboral reforzada, y el reintegro solicitado en la demanda con ocasión a su estado de salud, precisó, las recomendaciones emitidas al demandante, junto con la notificación de la pérdida de capacidad laboral, probaban la estabilidad laboral reforzada y en ese orden, se presumía que la terminación del contrato era discriminatoria e ineficaz, sin que la demandaba desvirtuara tal situación, al no aportar ninguna prueba, de tal modo que era procedente el reintegro junto con el pago de los emolumentos antes indicados. Explicando así mismo, no había lugar a estudiar la excepción de prescripción, por cuando se declaró ineficaz el despido, por tanto, la relación laboral está vigente, no obstante, los intereses de las cesantías se encontraban prescritos desde el 12 julio de 2015, declarándose parcialmente probada la excepción de prescripción. En cuando a la indemnización moratoria, por no consignar las cesantías, precisó era procedente por no haberse demostrado su consignación a un fondo, debiéndolas consignar. En cuanto al pago de la dotación, sostuvo, no reposa prueba en el expediente sobre la cuantificación de su valor, y frente a la indexación de los montos de las condenas, no accedió, toda vez que se reconoció la moratoria; frente a la solidaridad resaltó que el desarrollo una actividad directamente vinculada con el objeto de la empresa, existía responsabilidad solidaria al beneficiarse con esta labor, siendo procedente en este caso. Finalmente, indicó que en uso de las facultades ultra y extra petita, había lugar al pago de los aportes a la seguridad social, correspondientes al periodo comprendido entre la fecha del despido y la fecha del reintegro del accionante.

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la demandada AVIANCA, interpuso recurso de apelación, argumentando para tal efecto que el juzgado tuvo en cuenta un carnet, una capacitación y unos testigos para declarar la existencia de un contrato laboral, siendo el carnet un tema o requisito de la aeronáutica civil; que el hecho de portar los logos de la empresa, no implicaba relación laboral, por cuanto las

capacitaciones en nada implicaban subordinación jurídica, pues desde el principio se aceptó se daban para asistencia a tierra, y a los testigos, contrario a lo señalado por el a quo, no les constaba nada en relación con el demandante; indicó que el a quo evaluó mal las pruebas, pues las mismas no llevaban a la conclusión de una relación jurídica con AVIANCA, no viendo los objetivos en cuando al contrato con SERVICOPAVA, siendo el cargue y descargue del equipaje y la limpieza, cosa que el Tribunal ha dicho puede tercerizar AVIANCA. Señaló que los procedimientos que tienen que cumplir los terceros por cuestiones de Aeronáutica y calidad, no implica la existencia de subordinación. En cuanto al reintegro, precisó, no compartía la decisión, por estar demostrado que no hubo un despido discriminatorio, si no que este obedeció a la terminación del contrato con SERVICOPAVA, siendo una acción objetiva que tomó la cooperativa, sumado a que el actor no fue el único, sino todas las personas que tenían ese convenio de cooperativismo. Frente al pago de las cesantías y los demás emolumentos, advirtió el a quo permitía un enriquecimiento ilícito y un pago doble, ya que estaba probado en el expediente que la cooperativa los pagó bajo otras definiciones, lo mismo ocurrió con la indemnización moratoria que al no caber el pago de las cesantías, tampoco habría derecho a ellas, considerando que AVIANCA actuó de buena fe.

A su turno la apoderada judicial de SERVICOPAVA interpuso recurso de apelación coadyuvando los argumentos de AVIANCA; agregando que su representada siempre cumplió con la normativa vigente, y siempre pago al demandante los conceptos consagrados en los regímenes y estatutos que rigen la cooperativa, evidenciándose que pagó al demandante, incluso por solicitudes de este, las compensaciones y sus respectivos rendimientos, por lo que consideró, estos pagos deben ser vistos por el despacho, siendo un nuevo pago, constituyéndose un enriquecimiento sin causa. Adicional a ello, indicó, la terminación del convenio asociativo jamás obedeció a la situación de salud del demandante, ya que, si bien este tuvo un accidente de trabajo, SERVICOPAVA siempre cumplió con las recomendaciones laborales vigentes. Que la terminación obedeció a la terminación de la oferta mercantil con Avianca, y no sólo con ella, sino con otras doce empresas clientes que tenían, por lo tanto, no existía la posibilidad de reintégralo en otras funciones. Recalcó que nunca lo discriminó, pues el convenio terminó también para más de ocho mil trabajadores, además explicó que al actor le indicaron la situación de la cooperativa, ofreciéndole una suma de dinero al accionante, la cual no aceptó en ese momento, añadió que siempre cumplió con los aportes sociales, no actuando de mala fe para disfrazar el convenio asociativo.

## 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, la accionada SERVICOPAVA presentó alegatos de conclusión, solicitando que se revoque la decisión y se le absuelva de las pretensiones. La parte actora y AVIANCA guardaron silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si entre el señor MAURICIO QUINTERO MEDINA y la demandada AVIANCA S.A. existió un contrato realidad de trabajo y, eventualmente, si este se ejecutó con intermediación de la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA, en liquidación.

## CONSIDERACIONES

Para desanudar el problema jurídico planteado, es preciso señalar que de acuerdo con la jurisprudencia laboral que se ha adoctrinado en torno a las Cooperativas de Trabajo Asociado, se concluye sin asomo de duda, que en aquellos casos donde el trabajador presta sus servicios para beneficiar a un tercero quien además de utilizar como vehículo intermediario a una Cooperativa de Trabajo Asociado, ejerce sobre el asociado la subordinación característica de una relación laboral, por regla general, éste último quien se encuentra sujeto a dicha subordinación será considerado como trabajador del beneficiario del servicio; en este punto, cabe destacar que hasta antes del año 2006 no existía disposición legal expresa que así lo indicara, pero con la expedición del Decreto 4588 del mentado año, dicho vacío legislativo fue subsanado, y en su artículo 16 expresamente se adoptó el referido postulado que hasta el momento sólo había sido acogido vía jurisprudencial, y estatuyó que ante la desnaturalización del objeto del trabajo asociado, el trabajador cooperado se considerará como empleado dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie del servicio, y en el artículo 17 se previó que el ente cooperado será responsable solidario de las acreencias laborales que se pudieran generar de la anterior premisa.

Bajo este orden, entonces, el razonamiento plasmado en la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y por la academia fue consignado en el citado Decreto, como respuesta a la desnaturalización del objeto y finalidad de las cooperativas de trabajo asociado ya que las mismas comenzaron a ser utilizadas tanto por el sector público y privado en la mayoría de los eventos, como canales para restarle garantías laborales a los trabajadores y como forma de evadir los pagos al sistema de seguridad social, y por otra parte, con la clara intención de materializar la tipificación de una conducta generalizada por los empleadores quienes hacían uso de las Cooperativas de

Trabajo Asociado con la única intención de conseguir mano de obra a un costo ostensiblemente menor.

En el cauce de este avance legislativo, se expidió la Ley 1233 de 2008, que en su art. 7º estableció las siguientes prohibiciones a la Cooperativas de Trabajo Asociado:

1. No pueden las Cooperativas de Trabajo Asociado, disponer de la mano de obra de sus asociados para ofrecerlos como empleados en misión a terceros contratantes, menos aún, cuando estos terceros beneficiarios intervengan en la selección del trabajador asociado.

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

3. La potestad subordinante propia de un empleador, que se materializa por excelencia en la autoridad disciplinante sobre el trabajador, en ningún caso puede ser ejercida por el tercero contratante. Cabe destacar, que desde el Decreto 4588 de 2006, ya se había estipulado la prohibición consistente en remitir a los trabajadores asociados en misión para que estos atendieran las labores propias del usuario beneficiario, y permitir que sobre ellos se ejercieran actos de subordinación o de dependencia con los terceros contratantes.

De igual forma, se estableció en la citada normatividad las consecuencias jurídicas de hallarse comprobadas las citadas prácticas de intermediación laboral, o actividades que son permitidas exclusivamente a las Empresas de Servicios Temporales, siendo las siguientes: (i) la responsabilidad solidaria entre la CTA infractora y el tercero contratante beneficiario de la prestación del servicio en el pago de las obligaciones que se deriven; (ii) disolución y cancelación de la persona jurídica respectiva CTA, previo el trámite que respeto el debido proceso; (iii) en el caso de la tercera prohibición, se configura automáticamente la existencia de un contrato de trabajo realidad, siendo el tercero contratante quien deba soportar las consecuencias legales. A esta última consecuencia, cabe agregar que desde la expedición del Decreto 4588 de 2006, en su artículo 16, se había establecido que en caso que el asociado fuera enviado como trabajador dependiente de una persona natural o jurídica, esta última se consideraría su verdadero empleador.

Siguiendo en el esfuerzo legislativo de evitar que estos entes Cooperados ejerzan intermediación laboral, se promulgó la Ley 1429 de 2010, que en su art. 63, de manera expresa proscribió a la Cooperativas de Trabajo Asociado, implementar el suministro de trabajadores a empresas ya sean pública o privadas, para que estos ejerzan

actividades de carácter permanente en aquellos. A este respecto, la citada disposición reza:

«El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes».

Posteriormente, se expidió el Decreto 2025 de 2011, por medio del cual se reglamentó la citada disposición, aclarando que se debía entender por intermediación laboral, cualquier forma o vinculación que tenga por objeto el envío de trabajadores en misión a prestar sus servicios personales a otras empresas o instituciones, precisándose que este tipo de actividad solo se encuentra legalmente permitida para las Empresas de Servicios Temporales, en virtud de la Ley 50 de 1990, y se concretó y se concretó en su artículo 1°, el cual no fue objeto anulación por parte del Consejo de Estado que se considerará como actividad misional permanente, «aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa».

Estudiadas las normas aplicables al caso en concreto, es dable concluir que no pueden las Cooperativas de Trabajo Asociado enviar trabajadoras a prestar sus servicios a favor de un contratante bajo su subordinación y dependencia, cuando tenga por objeto una actividad misional permanente, esto es, para desarrollar un servicio o producir un bien que hace parte del objeto permanente de la empresa, pues ésta prohibición ha estado medularmente contemplada desde la expedición del Decreto 4588 de 2006.

Marco Jurisprudencial del contrato realidad por intermediación laboral de Cooperativas de Trabajo Asociado:

En completa consonancia con las normas que regulan la prohibición de intermediación laboral por parte de las Cooperativas de Trabajo Asociado, el máximo órgano de cierre de esta especialidad, ha entendido que se considera ficticio un vínculo Cooperativo cuando de entrada estos entes suscriben sendos contratos que tienen por objeto el «suministro de personal», pues es pacifica la legislación y la doctrina, en cuanto esta actividad corresponde de manera exclusiva a las Empresas de Servicios Temporales, pues dicha actividad consistente en suministrar personal, de por sí ya implica intermediación laboral, práctica que sólo pueden ejercer aquellas empresas legalmente autorizadas, la cual, no tiene nada que ver con el objeto legalmente asignado a las Cooperativas de Trabajo Asociado, desde la entrada en vigencia de la Ley 79 de 1988, según la cual, estos entes cooperados se concibieron con el fin de procurar la

producción de bienes, la ejecución de obras o prestación de servicios, en forma autogestionaria. Sus miembros se denominan asociados o cooperados, que no son trabajadores en el significado de la legislación laboral, por lo que no tienen derecho a salario, ni prestaciones sociales, sino que reciben compensaciones por la labor desempeñada.

También ha sostenido la mentada Corporación, en entre otras sentencias, la proferida el día 25 de septiembre de 2013, rad 36560, que no sólo es reprochable el objeto del lazo contractual con terceros beneficiarios sobre el suministro de personal, sino, además, cuando estos tienen un plazo de duración indefinido, pues de allí se infiere que se requiere del servicio prestado por el asociado con vocación de permanencia. Y más aún cuando se trata de laborales o actividades que no resultan extrañas al giro ordinario y esencial de quien se beneficia del servicio. De igual forma, enseña la Doctrina de esta Corporación, que aun cuando el cumplimiento de un horario no puede sugerir de manera inequívoca o inexorable la configuración de la subordinación, si puede entenderse como «un indicio claro de ella»; máxime si a ello se suma, que el trabajador asociado tenga que cumplir con las políticas, Reglamentos y directrices que le imparte el tercero contratante dentro de su organización, lo que desvirtúa por completo que el trabajador asociado actúe de manera autogestionaria y en desarrollo de una coordinación libre más no impuesta, pues si es el beneficiario del servicio quien de manera unilateral dirige las funciones, es palpable e incuestionable su poder subordinante.

Otro criterio definidor del contrato realidad a juicio del Alto Tribunal, estriba en que si con arreglo a lo previsto en el artículo 5 del Decreto 468 de 1990, las Cooperativas de Trabajo Asociado deben ser poseedoras de las herramientas indispensables para desarrollar la labor o para producir el bien, esto es, deben emplear su propia maquinaria, ya sea a título de posesión, tenencia o propiedad; de lo contrario, también debe tenerse como indicio, es decir, una circunstancia indicativa de la subordinación por parte del tercero contratante. También precisa la jurisprudencia, que otra fórmula para descubrir un contrato realidad, está en cuando la empresa usuaria le solicita a la CTA el retiro de algún trabajador asociado por considerar que incurre en una falta o incumplimiento de sus labores, lo que sugiere que ésta última ejerce el poder vigilante sobre el asociado en cuanto al cumplimiento de sus funciones y su comportamiento disciplinario.

En este punto conviene precisar que los Contratos Asociativos de Trabajo, junto con el contrato sindical y el contratista independiente, son las tres figuras a través de las cuales, se da cabida a la tercerización de servicios en el ordenamiento jurídico colombiano. Al respecto, resulta relevante para desatar la controversia aquí planteada

distinguir entre la tercerización y la intermediación laboral, pues la primera acude al mecanismo de contratación de servicios especializados a terceros o producción especializada de determinados bienes, y tiene como objeto el que las empresas ya no desarrollen un objeto social tan amplio sino que se dediquen de manera exclusiva a la actividad principal de su giro ordinario, es decir, que el actual dinamismo económico, empresarial y tecnológico, ha hecho que las empresas busquen especializarse en determinada actividad, despojándose de alguno de los procesos de la cadena de producción para que este sea asumido por un tercero especializado en determinada actividad bajo su cuenta y riesgo.

Esta tercerización de servicios, obedece principalmente a actividades secundarias, o también conocidas como actividades medio de la empresas, que no concitan la actividad principal de la empresa, a manera de ejemplo, se trata de actividades medio el transporte, publicidad, comercialización o distribución, es decir, no constituyen el eje central de la empresa, es decir, se ha concebido a la tercerización como aquella que externaliza labores colaterales y que no son esenciales para la actividad principal de la empresa, o que también se ha conocido como el «core».

En este orden de ideas, es preciso diferenciar entre lo que es la tercerización de bienes y servicios, a lo que es la tercerización laboral o intermediación del recurso humano, que se da cuando esa desconcentración del servicio recae no sólo sobre actividades colaterales, sino también sobre actividades principales de la empresa, frente a lo que cual ha decirse que tal y como está diseñado el régimen laboral Colombiano, la tercerización de bienes y servicios no se encuentra proscrita, en cambio, la intermediación laboral se encuentra prohibida, es decir, no puede haber tercerización de la mano de obra, pues ello sólo le está permitido bajo circunstancias excepcionales y taxativas a las empresas de servicios temporales.

En este contexto, en la tercerización de servicios se persigue un resultado final, con asunción de autonomía e independencia por parte del tercero especializado que presta el servicio, muy a diferencia de la tercerización laboral en la que el objeto principal es que se tercerice la mano de obra vulnerándose las garantías laborales de los trabajadores. Esto implica, se reitera, que deba distinguirse entre la tercerización u outsorcing, del envió de trabajadores a terceros. Huelga aclarar, que ambas figuras se encuentran claramente diferenciadas no sólo por la legislación colombiana, sino también por la Organización Internacional del Trabajo, OIT.

Ahora bien, para aterrizar estas premisas en términos prácticos e ilustrativos, la figura de tercerización de servicios u outsorcing, se materializa cuando una empresa deja de asumir u operar una función que inicialmente desplegaba desde el interior de su empresa, para recurrir a un agente externo o tercero, que es especializado en ese

servicio específico de la cadena de producción, bajo la particularidad que este último debe asumirlo por su cuenta y riesgo, y por ende, teniendo bajo su subordinación a sus trabajadores. Esta autonomía se debe dar en todos los aspectos operativos, es decir, debe existir independencia administrativa, técnica y financiera, y el resultado final se debe traducir en la producción de un bien, o en la prestación de un servicio determinado, con utilización de sus propias herramientas, maquinaria y equipos.

Esta particular forma de externalización de procesos, o subprocesos, incluso ha sido reconocida por la OIT, bajo lo que ha denominado «Trabajo en Régimen de Subcontratación», «mediante la cual una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos»[1].

En este contexto, para determinar si la tercerización se ha hecho de manera correcta, es preponderante establecer si el contratista tiene la autonomía en el uso de los medios de producción, en la ejecución de procesos o subprocesos, si ejerce frente a sus trabajadores la potestad reglamentaria y disciplinaria, o si por el contrario, la misma se ejerce por el contratante, si las órdenes sobre las circunstancia de tiempo, modo y lugar, en que se debe ejecutar las imparte el contratante y si cuenta con autonomía financiera.

A partir del presente marco conceptual y normativo, y remitiéndonos a las pruebas obrantes en el plenario encontramos que el demandante desde los hechos de la demanda admite que suscribió contrato de asociación con la CTA SERVICOPAVA desde el 02 de marzo de 2010, de lo cual dan cuenta los folios 46 a 47 y 499 a 503; se aportó la Resolución No. 887 del 27 de noviembre de 2017, por medio de la cual SERVICOPAVA retira al actor de la labor asociativa por éste desempeñada a partir del 30 de noviembre de 2017 (fls. 166-167 y 504 a 506); se aportó igualmente el paz y salvo de liquidación definitiva de compensaciones por terminación de convenio de asociación, histórico de los pagos efectuados por la cooperativa al demandante y Certificados de aportes en la que consta que la cooperativa realizó los aportes al Sistema de Seguridad Social para el demandante, en los términos allí referidos (folios 507 a 568); certificación emitida por la cooperativa COODANSOCIAL, en la cual indica que el demandante asistió al curso básico de Economía Solidaría con énfasis en Trabajo Asociado con un intensidad de 20 horas, los días 18 y 19 de febrero de 2010 de 2015; copia del carné del demandante en el que se identifica como «OPERACIONES TERRESTRES AVIANCA SA – SERVICOPAVA» (folio 54); Ofertas mercantiles de prestación de servicios para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos,

[1] Informe VI (1) Trabajo en Régimen de Subcontratación, CIT 85 (1997).

administrativos y operativos de Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA a AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA de 1° de agosto de 2003, 05 febrero de 2009, de 17 de septiembre del mismo año, otros síes y anexos al mismo (folios 346 a 359 y 479 a 521); Estatutos de la citada cooperativa, regímenes de trabajo y compensaciones de la misma (folios 417 a 478); se destacan igualmente la solicitud de afiliación a la cooperativa suscrita por el demandante, la aceptación como asociado (folios 873 a 876) y la solicitud de descuentos aportes voluntarios (folio 877).

De acuerdo las mencionadas pruebas, en principio, encuentra esta Colegiatura que efectivamente el demandante, en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos entre SERVICOPAVA y AVIANCA, sí prestó servicios personales a última. En tal virtud, resulta evidente que a favor del demandante opera la presunción de que trata el artículo 24 del CST, no obstante, la misma puede ser desvirtuada, si como se explicó con antelación, se demuestra por AVIANCA, que se ejerció en debida forma la tercerización de los servicios, pues como se anunció, la misma no se encuentra proscrita por el ordenamiento jurídico Colombiano, por el contrario, esta figura ha tenido cabida con la introducción del contrato asociativo de trabajo, el contrato sindical y el contratista independiente. Atendiendo a ello, se advierte que SERVICOPAVA suscribió con AVIANCA una oferta mercantil que tuvo por objeto la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos. Por efecto de ello, y como quiera que se trata de una operación que realizaba anteriormente AVIANCA, ésta ya contaba con los bienes muebles requeridos para la ejecución de dichos procesos, razón por la cual, se celebró un contrato de comodato precario, el cual tuvo por objeto permitir el préstamo de uso, de los bienes muebles de propiedad de AVIANCA, a fin de satisfacer las necesidades de infraestructura para la correcta prestación de los servicios, bienes muebles que según se desprende del anexo de inventario al contrato consistían en computadores, sillas, escritorios, entre otros.

Ahora bien, de conformidad con los estatutos de la CTA SERVICOPAVA, es claro que su objeto social consistía en brindar servicios de operación y manejo de procesos administrativos, operativos y de soporte, dentro de los cuales, se enuncian, los servicios aeroportuarios, operaciones de servicios a pasajeros, equipajes, carga, correo y mensajería especializada, es decir, que en nada se relacionaba con la actividad principal de AVIANCA, esto es, con el diseño, planeación y prestación del transporte aéreo de viajeros.

De otra parte, no se halla dentro del plenario que fuera AVIANCA quien ejerciera tanto la subordinación técnica como disciplinaria sobre el demandante, incluso, se evidencia que quien dio por finalizado el contrato de asociación fue SERVICOPAVA, era a esta CTA a quien le solicitaba los permisos (fls. 950 a 957), quien a su vez era quien los

autorizaba; es más, los testigos recaudados: Luis Oscar niño Ruiz y William Hernando Cuervo Avendaño, quienes estuvieron vinculados igualmente a SERVICOPAVA y dijeron ser compañeros de trabajo del demandante, el primero de ellos si bien dijo que el actor recibía órdenes de AVIANCA, agregó que ello no le constaba directamente, porque ingresó con posterioridad como trabajador asociado y no estuvo todo el tiempo prestando servicios con el actor, incluso, ante el interrogante de quien le daba las órdenes al demandante indicó que «yo no me daba cuenta», reiterando que en el tiempo que compartió con el demandante, no sabía cuales funcionarios de AVIANCA le impartían instrucciones, e incluso afirmó que sabía de la terminación del contrato del actor por «rumores»; de igual modo, dijo que los procesos disciplinarios los efectuaba SERVICOPAVA. Así mismo, al segundo de los testigos, tampoco le consta directamente que AVIANCA le impartiera órdenes al actor, pues a lo largo de su declaración de manera subjetiva y general indicó que todos los miembros de Servicopava eran subordinados de Avianca, incluso también indicó que los procesos disciplinarios eran llevados a cabo por esta cooperativa. De igual modo la señora Marlene Infante Prada, además de corroborar lo anterior, precisó que los uniformes contenían la identificación de Avianca por reglamentación de la Aeronáutica Civil y OPAÍN, que sólo contratan con las aerolíneas, pero estos eran sufragados y entregados al asociado por parte de SERVICOPAVA.

Bajo este panorama probatorio, en sentir de la Sala, se acreditó por las demandadas que se implementó en correcta forma la tercerización de los servicios prestados por el actor, como auxiliar de operaciones terrestres, sin que ningún esfuerzo probatorio hubiese desplegado el demandante tendiente a acreditar las demás circunstancias en que él ejecutó la relación contractual, quedando huérfanas de cualquier respaldo probatorio las aseveraciones plasmadas en el libelo genitor en cuanto a que sus jefes inmediatos lo eran trabajadores de AVIANCA, y que fuera esta quien le impartiera las órdenes acerca de las formas de tiempo, modo y lugar en que debía realizar las labores a él encomendadas, máxime cuando los testigos que trajo al juicio no pudieron dar cuenta de ello, sólo se limitaron a indicar de forma genérica, basándose en su propia vivencia e incluso de manera tendenciosa a indicar que Avianca era el verdadero empleador y que dicha cooperativa era mera intermediaria, pero no porque les constara de manera directa en cuanto a las funciones y demás actividades del demandante, ello aunado al hecho que, no estuvieron todo el tiempo o compartiendo con el actor sus actividades, pues los ingresos y permanencias fueron distintas.

Corolario de lo expuesto, considera esta Corporación en este caso puntual, que no fue acertada la decisión del Juez a quo, de ahí que deba absolverse a las demandadas de las pretensiones incoadas, y en consecuencia, deberá revocarse la decisión de primer

grado, dado que, de la declaratoria del contrato realidad solicitado con AVIANCA dependía tanto el reintegro como los demás pretensiones concedidas en primer grado.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia a cargo del demandante por las resultas del proceso.

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, para en su lugar, ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

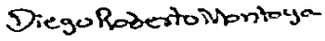
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia ante su no causación.

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

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARGARITA ROSA CARRILLO DIAZGRANADOS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Rad. 110013105-012-2019-00663-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada, la Sala de Decisión Laboral, previa de liberación 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 contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 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 MARGARITA ROSA CARRILLO DIAZGRANADOS pretende se declare que ella y el señor ENRIQUE JESÚS ORDOÑEZ NORIEGA fueron compañeros permanentes, en cuanto mantenían relación de pareja basada en la solidaridad, apoyo económico, ayuda mutua y acompañamiento espiritual por más de 5 años anteriores al fallecimiento del señor Ordoñez y hasta su deceso, el 25 de octubre de 2017. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, más las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó haber contraído matrimonio civil con el señor ENRIQUE JESÚS ORDOÑEZ NORIEGA el 01 de octubre de 1975, fruto de su unión, el 24 de marzo de 1977 nació Nicolás Ordoñez Carrillo. Posterior a ello, el 07 de febrero de 1990 protocolizaron su divorcio, no obstante, continuaban teniendo una relación sentimental donde convivían como compañeros

permanentes pues compartían, se acompañaban, apoyaban y seguían desempeñando las actividades que hacían de casados, el 27 de noviembre de 1993, contrajeron nuevamente matrimonio mediante escritura pública 02977 de la Notaría 46 de Bogotá; en los años posteriores nacieron dos nietas, las cuales fueron un motivo más para que su convivencia se registrara fotográficamente y hoy sirva de prueba de la estrecha relación que siempre mantuvieron como compañeros permanentes. En cuanto a la pensión de vejez del señor Enrique Ordoñez, indicó, fue reconocida por el ISS en el año 2012. Que el 25 de octubre de 2017 falleció el señor Enrique Ordoñez y pese a la protocolización de su segundo divorcio, continuaron su relación sentimental como compañeros permanentes ya que mantuvieron su relación de pareja, basada en el apoyo, ayuda mutua, solidaridad y acompañamiento espiritual, hasta el día de la muerte del señor Enrique Ordoñez, de esta manera, reiteró que mantuvieron comunicación y convivencia familiar permanente, manteniendo su relación por un tiempo de 42 años y 25 días, lo cual se evidencia mediante los registros fotográficos de diferentes fechas especiales para la pareja, además su relación fue tan notoria que el señor Enrique Ordoñez le consignó mensualmente dineros para su manutención. Refirió, que actualmente no cuenta con ninguna pensión a su favor ni con un contrato de trabajo o servicios que le genere ingresos para su subsistencia ya que dependía económicamente de lo que le consignaba mensualmente su compañero permanente. Por lo anterior, el 08 de junio de 2018 solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, por la muerte de su compañero, entidad que a través de su contratista COSINTE LTDA estudió la procedencia de dicha solicitud, donde se afirmó que hasta el momento del fallecimiento del señor Enrique Ordoñez mantuvieron una relación sentimental pues pese a su separación de cuerpos seguían en contacto y apoyo incondicional de forma espiritual y compartiendo en eventos, fiestas decembrinas y reuniones familiares. Adicional a las fotografías se cuenta con las pruebas de declaraciones de la hermana del causante quien aseguró la relación de la pareja y apoyo económico de su hermano hasta su fallecimiento, considerándola como su cuñada legítima, también con las declaraciones de dos amigos de la pareja que, si bien reconocieron el divorcio, reconocieron que ellos siguieron su relación de pareja sin distanciamiento, lo que se evidenció en su asistencia a reuniones, eventos familiares e incluso viajes. A pesar de lo anterior, COLPENSIONES resolvió de manera negativa su solicitud, bajo el argumento de «no acreditó la dependencia económica y/o convivencia con el causante el señor ORDOÑEZ NORIEGA ENRIQUE DE JESÚS mínimo los cinco años continuos con anterioridad de su muerte por ende no es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes», frente a esta decisión instauró recurso de reposición y en subsidio apelación agotando la reclamación administrativa, siendo confirmada la decisión. Agregó tener 65 años de edad al momento de presentar la demanda (Fls. 1 a 28).

## CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones declarativas y condenatorias argumentando que, la demandante no acreditó los requisitos esenciales de la norma para poder acceder a la pensión de sobrevivientes ya que conforme al estudio realizado, se logró evidenciar que los implicados no convivieron durante los últimos cinco años anteriores a la muerte del causante de manera permanente, si bien mantuvieron una relación sentimental aun después del segundo divorcio, ya no existía una relación de convivencia pues cada uno vivía en viviendas diferentes. Formuló como excepciones de fondo, las de «prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo debido», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 350 a 356).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 15 de octubre del 2020, condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora MARGARITA ROSA CARRILLO DIAZGRANADOS desde el 25 de octubre de 2017, por el fallecimiento de su compañero permanente ENRIQUE JESÚS ORDOÑEZ NORIEGA en la cuantía devengada por el causante a la fecha del fallecimiento, autorizando a Colpensiones hacer los descuentos en salud y con los ajustes legales a que hubiere lugar del retroactivo que se cause. Declaró como no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y la absolvió de las demás suplicas incoadas en su contra, salvo las costas y agencias en derecho. Por último, adicionó la sentencia indicando que el valor de la pensión a reconocer y pagar a partir del 25 de octubre de 2017, correspondía a la suma de $13.611.526.36, sobre 13 mensualidades pensionales al año, autorizando a Colpensiones a efectuar los descuentos a salud a que haya lugar.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que la concepción de familia admite en torno a la convivencia, únicas, plurales y simultáneas, manteniendo la unión conyugal sin separación de hecho; indicando que la restricción de la simultaneidad solo puede darse respecto al cónyuge en cualquier tiempo o compañero o compañera permanente con no menos de 5 años al fallecimiento del cónyuge. Señaló para determinar la convivencia entre la demandante y el señor ENRIQUE JESÚS ORDOÑEZ NORIEGA, que existía un prejuicio respecto a que, si hay una ruptura del vínculo matrimonial, se extinguía cualquier vínculo jurídico, viéndose el matrimonio como una atadura y el

divorcio como una liberación, pues el fundamento de la familia ha cambiado con la Constitución de 1991 de tal manera que se admite la multiplicidad de relaciones. Ene se orden, para el caso concretó, precisó, que la relación tuvo tres fases, una primera con el matrimonio bajo el sacramento civil, la separación de cuerpos y la disolución de la sociedad conyugal, luego un nuevo matrimonio entre los mismos y posteriormente el nuevo divorcio de la pareja en el 2007, sin liquidación de la sociedad conyugal, sin que se haya probado la existencia de otra beneficiaria reclamando los mismos derechos o algún tipo de convivencia simultanea del señor Enrique con otra persona desde el año 2007, por lo que se trató de una convivencia singular. En ese orden, explicó que lo que se exige es un periodo de 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante, donde se genere una comunidad de vida, como aquella fundada en el amor, ayuda mutua y acompañamiento espiritual y en esta caso si bien no existía, ciento por ciento una relación estrecha, ello no quería decir que se haya extinguido la comunidad de vida, pues con el hecho de disolver el vínculo conyugal, no se perdía el beneficio de acceder a la pensión de sobrevivientes, pues tenía el amparo de beneficiarse con los derechos de la seguridad social ya que ella siguió con el ánimo de preservar la circunstancia de apoyo y unión. Además, con la prueba testimonia se podía establecer que la pareja continuó unida aún después de sus separaciones, extendiendo la comunidad de vida sin tener como hecho fundamental la existencia de relaciones sexuales para que no se comprendan como pareja. Aunado a ello, de acuerdo a las fotografías aportadas se podía establecer que hubo un proyecto de vida, estabilidad y sensibilidad hacia el otro, estableciendo su compromiso como pareja y como padres de un hijo. Indicó con relación a la investigación administrativa y decisión tomada por Colpensiones, que si bien no se probó la permanencia de la pareja, se omitió que la hermana del señor Ordoñez, siempre se refirió a la señora Margarita como su cuñada y que independiente de su intimidad, mantenían una relación estrecha, asistiendo a eventos y reuniones familiares como pareja, visitas de la señora Margarita a la casa del fallecido incluso durante la época de su enfermedad y sin ninguna otra pareja, por lo que la separación nunca fue total. En esa medida, encontró que había lugar a conceder la prestación por sobrevivencias. En cuanto a los intereses moratorios, indicó no eran procedentes, debido a que el precedente normativo no ha cambiado, en torno a que es válida la negativa de la AFP cuando se trata de cambios jurisprudenciales con es el caso de marras.

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de COLPENSIONES apeló la decisión, indicando que el material probatorio no resulta suficiente para demostrar el requisito que estipula la Ley 100 de 1993, esto es, la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento del causante, a pesar que el desarrollo jurisprudencial «tenga todos los

argumentos en contra de COLPENSIONES»; tampoco hay lugar a decretar ningún incremento, ni retroactivo, dado que, hasta el momento del fallo es que se genera el reconocimiento del derecho a la demandante, antes no lo tenía y por eso en sede de discusión se estaba tramitando el proceso.

## 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, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, solicitando se revoque la decisión y, por ende, se le absuelva de las pretensiones de la demanda. La parte actora, por su parte solicitó se confirme la sentencia apelada.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, resolver el siguiente único problema jurídico: Establecer si la demandante MARGARITA ROSA CARRILLO DÍAZ acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente del señor ENRIQUE DE JESÚS ORDOÑEZ NORIEGA.

## CONSIDERACIONES

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del señor ENRIQUE DE JESÚS ORDOÑEZ NORIEGA acaeció el 25 de octubre de 2017, aspecto que si bien no se acredita en el expediente con registro civil de defunción, se indica en las resoluciones SUB 2133328 del 10 de agosto de 2018, SUB 261349 del 04 de octubre de 2018 y DIR 19973 del 14 de noviembre de 2018, mediante las cuales COLPENSIONES negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora demandante (fls,.334 a 345). Tampoco es objeto de discusión la calidad de pensionado del causante, la cual le fue reconocida mediante Resolución No. 13113 del 16 de abril de 2016 (fls. 73 a 76).

Así las cosas, para determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, 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, 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 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 del asegurado (a) o pensionado fallecido (a), así como también exige que los beneficiarios a la fecha del deceso tengan 30 o más años de edad.

Al respecto, 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, solo es exigible en caso de muerte del pensionado», 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(a) permanente supérstite respecto del pensionado del sistema que fallece, si resulta exigible un mínimo de tiempo de convivencia y la conformación de un núcleo familiar, con vocación de permanencia y

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 determinar si en efecto, la accionante logró demostrar ese mínimo tiempo de convivencia requerido, para lo cual se indica que se recaudaron los testimonios de los señores MARÍA VICTORIA ROJAS, FRANCISO JAVIER OCAMPO TRUJILLO y JAVIER LONDOÑO RODRIGUEZ.

La primera de ellos, la señora MARIA VICTORIA ROJAS CAMACHO, declaro haber trabajado con el causante, desde el año 1989 y hasta su muerte, quien fue presidente de la Aseguradora Tequendama, luego de la Aseguradora Grancolombiana, posterior a ello fue contratado para crear una compañía: Compartir S.A. desempeñándose como gerente; que en 2011 trabajó como gerente de la compañía Oportunity International S.A. y después obtuvo su pensión en el año 2013 a través de COLPENSIONES al cumplir 62 años. De igual modo, dijo conocer de su matrimonio con la señora Margarita Carrillo, con quien se casó dos veces, sin embargo, tras su separación la pareja se mantuvo muy unida y el fallecido le enviaba alimentos, puso a su disposición el conductor y la finca, además, el señor causante le había comentado ser «el único hombre loco que está pensando en casarse una tercera vez con la misma mujer». Que, durante la enfermedad del causante, la señora Margarita Carrillo estuvo pendiente de él, siempre. La testigo afirmó que fruto de la unión de la pareja nació un único hijo, que actualmente está casado y tiene dos hijas, quienes tienen alrededor de 4 y 7 años y fueron ambas conocidas por su abuelo. Señaló que entre la testigo y el señor Enrique la frecuencia con que se veían era permanente por el grado de amistad que presentaban. Respecto del matrimonio entre el señor Enrique Ordoñez y la señora Margarita Carrillo, refirió que tras su segundo divorcio en el 2007 y la fecha de la muerte del señor Enrique en el 2017, la relación que existió entre la pareja fue muy cercana, pues se acompañaban y llevaban a la finca a sus nietas y aún más cuando se supo de la enfermedad del señor Ordoñez. Posterior al segundo divorcio, este no tuvo otra relación con alguien diferente a la señora Margarita y los motivos de sus divorcios no tienen explicación, pues él «era un hombre de arranques». Respecto a la relación, ella (la testigo) con la señora demandante, indicó ser de una gran amistad y posterior a la muerte del señor Enrique trabajaron en cuanto a la administración de la finca, ubicada en la Vereda Canavita del municipio de

Tocancipá, llamada Alto de la Cruz. Frente al segundo divorcio, mencionó creer que fue consensuado, de lo contrario no hubieran seguido con una relación estrecha, pues las cosas siguieron bien. Aseguró que la pareja seguía compartiendo en la finca, pendientes el uno del otro y más cuando él enfermó, que el día de su muerte estaba en su casa con las enfermeras, su hijo y nuera; las enfermeras estaban con él pues luego de salir de la clínica la familia lo decidió por comodidad, atención y cuidado al señor Enrique, no obstante, la señora Margarita se mantuvo a su lado. De otro lado, señaló que la señora Margarita siendo comunicadora tenía su trabajo independiente y eventual sin desplazarse por tiempos prolongados, el señor Enrique no la acompañaba a hacer sus trabajos, pero ponía a disposición la camioneta; además la señora Margarita no tuvo otra pareja sentimental y en cuanto a su divorcio, hicieron la respectiva separación de bienes. Agregó, que en razón a que todos los bienes del señor Enrique Ordoñez le quedaron a su hijo Nicolás, le pidió el favor a su mamá le ayudara con la administración, pues por su trabajo debe viajar con frecuencia y no le resulta posible hacerse cargo de la administración de los bienes; y, que el empleador de los empleados de la finca era el señor Enrique y posterior a su muerte, su hijo Nicolás, pero ellos recibían las órdenes que les impartía la señora Margarita con naturalidad, sin inconvenientes y ninguno de ellos cuestionó que fuera ella quien les daba órdenes pues la conocían como esposa del señor Enrique. De igual modo, el a quo le mostró fotografías aportadas al expediente, mencionados quien era cada uno de los que allí se mostraban, reconociendo además los sitios donde fueron tomadas.

Por su parte el testigo FRANCISO JAVIER OCAMPO TRUJILLO, señaló haber conocido al señor Enrique alrededor del año 1976-1977, en una reunión de la familia Ordoñez, momento desde el cual tuvo una relación de amistad hasta la fecha de su muerte. Respecto del comportamiento del señor Enrique en pareja, refirió conocer la pareja como novios y luego de casados, pues además eran vecinos por lo que se veían casi a diario y su relación era simpática, alegre y tenían sus desavenencias como cualquier pareja; en cuanto a su segundo divorcio, la pareja se vio permanentemente, el señor Enrique sostuvo afectiva y económicamente a la señora Margarita, se reunían para sus cumpleaños y el de su hijo Nicolás, estableciendo nuevamente su relación afectiva. Declaró que el causante nunca tuvo otra pareja diferente a la señora Margarita Rosa, por lo que su concepción de matrimonio era importante. Refirió que los matrimonios de la pareja no fueron mediante sacramento religioso, no obstante, el señor Enrique nunca sostuvo una relación estable con otra pareja y no conoce los motivos de sus separaciones, pero si relató una aproximación de las fechas en que la pareja estuvo junta, iniciando en el año 1977 donde se casaron, separándose alrededor de los diez años, su segundo matrimonio fue en el año 1997, posterior a este último divorcio, la pareja vivía por

separado pero se frecuentaban en eventos de todas las categorías, reuniones familiares y se apoyaban pues tenían una unión muy profunda; el tiempo con que hablaba la pareja, creía era de todos los días, viéndose casi todas las semanas y el señor Enrique se comportó con la señora Margarita de manera amistosa, de protección, cuidado y apoyo pues la señora Margarita visitó al señor Enrique con bastante frecuencia y en ocasiones se quedaba con él en el apartamento.

Mencionó que el señor Enrique le comentó tener un problema de próstata y por exámenes médicos decidieron operarlo pues al parecer tenía un tumor en el riñón, que posterior a esta cirugía su diagnóstico fue cáncer de riñón; luego presentó una recaída por lo que fue ingresado a la clínica y durante este tiempo la relación con la accionante fue de compañía, ya que esta última se turnaba con las hermanas y amigos del fallecido. Refirió que durante las quimioterapias la señora Margarita lo acompañó hasta sus últimos días, ya que, pese a que no se volvieron a casar, mantuvieron su relación estrecha, económica y de amistad y ninguno de los dos tuvo alguna pareja. Que durante la vida del causante, nunca desautorizó a la señora Margarita frente a sus empleados y era conocida por ellos como «la señora de la finca», pues siempre fue su pareja y posterior a la muerte del señor Enrique, la señora Margarita y su hijo Nicolás administraron los bienes del fallecido, con base a esto, señaló que durante su matrimonio hubo peleas pero, luego de su separación su relación fue más estrecha pues se «quitaron de encima el roce de la convivencia». Durante reuniones que disfrutaron en casa del testigo, señaló que la pareja dormía en camas separadas. Narró que, durante los paseos la pareja llegaba junta a la finca e igualmente se iban juntos. De otra parte, relató que la señora Margarita se dedica a la parte artística de videos y arte, igualmente ella dependía del señor Enrique pues él le consignaba dinero para su sostenimiento, pues sus actividades eran muy esporádicas. Señala no conocer la rutina diaria de la señora Margarita, pues él ni convivió ni vigiló al señor Enrique, solo conoce que la pareja se reunía.

Finalmente, el señor JAVIER LONDOÑO RODRÌGUEZ, relató en su testimonio que conoció al señor Enrique Ordoñez por medio de la hermana del mismo, y luego en el medio universitario, durante su amistad conoció a la señora Margarita y familia del señor Enrique. Que su amistad con el causante se afianzó con el paso del tiempo y llegaron a tener un vínculo muy profundo. Sostuvo que, pese a su separación de la pareja Ordoñez-Carrillo, siguieron unidos, no hubo guerras, por el contrario «las separaciones de ellos eran un chiste», pues además del amor había algo mucho más especial e importante y fue la admiración mutua, pues de hecho, su segundo matrimonio si funcionó y prueba de ello fue su hijo y posteriores nietas. Contó, que aproximadamente tras cinco años luego de su segunda separación, fue una mañana al apartamento de la

señora Margarita donde encontró también al señor Enrique en toalla; y durante la enfermedad del señor Enrique, la señora Margarita nunca se separó de él, incluso luego de su muerte pues ella se encargó de solucionar problemas y el trato de los empleados hacia ella era formal y respetuosa pues ella era «la señora de la casa». Aseguró que no había alguna cosa que la pareja no supiera del otro; que durante las visitas que realizó los últimos años de vida del señor Enrique, encontraba a la pareja junta y no tiene conocimiento de los motivos de la segunda separación de la pareja, pero sí que siempre se mantenían juntos y supone que, aún, de no haber nacido sus nietas hubiesen permanecido juntos e incluso se hubieran casado una tercera vez pues el amor permaneció entre ambos, enfatizando con relación a la segunda separación, que ellos mantenían compartiendo, incluyendo viajes con o sin sus nietas y luego de la muerte del señor Enrique, la administración de sus bienes está a cargo de la señora Margarita.

Como pruebas documentales, se adosaron al expediente de folios 34 a 70, copia del registro civil de matrimonio celebrado el 1 de octubre de 1975 entre la señora Margarita Rosa Carrillo y el señor Enrique Jesús Ordóñez Noriega; copia de la Escritura Pública 608 del 7 de febrero de 1990, en la cual se protocolizó el divorcio del primer matrimonio de la demandante y el causante; registro civil de matrimonio celebrado el 27 de noviembre de 1993 entre la señora Margarita Rosa Carrillo y el señor Enrique Jesús Ordóñez; Escritura Pública 02977 del 17 de diciembre del 2007, donde se extrae que la demandante y el causante, protocolizaron el divorcio de su segundo matrimonio. DE igual modo, se evidencia en dicho legajo documental, que hubo separación de cuerpos y la sociedad conyugal fue liquidada. De folios 79 a 251 copia de extractos bancarios de cuenta corriente del causante expedidos por el Banco de Bogotá, así como de los de la cuenta de ahorros perteneciente a la señora Margarita Carrillo, expedidos por el Banco de Occidente, en los cuales pueden observarse algunas transferencias, por lo menos, en los años 2016 a 2017 de la primera a la segunda cuenta.

También se aportó declaración extra proceso de fecha 10 de enero de 2012, rendida por el mencionado testigo, señor Francisco Ocampo, en la que, de igual modo, refirió la calidad de compañeros permanentes de la pareja, en similares términos a los señalados en su declaración en este proceso. De otro lado, de folios 265 a 278, se agregó relación de llamadas realizadas y recibidas desde el número de celular 3153308035, asignado al señor Enrique de Jesús Ordóñez por la empresa Opportunity, tal como se indica en la certificación aportada en tal sentido por esa sociedad, donde además se indica que el causante prestó sus servicios a la misma entre enero de 2011 y septiembre de 2017 como Consultor y Gerente General (fl. 279), dicha relación indica la calidad de llamadas

realizada al abonado celular No. 316470772 entre en año 2015 y el año 2017, empero no hay evidencia que este pertenezca a la señora Margarita Rosa Carrillo.

De igual modo, se aportaron CD y/o DVD´s, que contienen fotografías en las cuales puede verse, según el reconocimiento que hizo la testigo MARIA VICTORIA ROJAS CAMACHO, a la pareja Ordoñez-Carrillo en distintas etapas de su vida y el señor Enrique Jesús Ordóñez, fotografías que también se adosaron de forma impresa (fls. 283 a 329). Adicionalmente, se observa el informe técnico de investigación efectuado por la firma COSINTE-RM para Colpensiones en aras de verificar administrativamente el requisito de convivencia entre dicha pareja (fls. 330 a 333), allí se concluyó que no eran claros los extremos de la convivencia, pero se estableció que, en la segunda separación, aunque la pareja se separó de cuerpos, pero siguieron en contacto y el apoyo incondicional continuo, no de forma cohabitacional pero espiritual. Como pruebas recaudadas, se efectuaron entrevistas a la demandante, quien afirmó la convivencia entre 1975 y 1983, luego de 1993 a 2007 compartiendo techo, lecho y mesa, luego mediante separación de cuerpos. Entrevistas a las señoras EUGENIA ORDOÑEZ NORIEGA y GLORIA ORDOÑEZ NORIEGA, hermanas del causante; la primera de ellas indicó respecto a la separaciones, que ellos eran así, que les gustaba casarse y luego divorciarse, pero que su cuñada seguía con él a la fecha de su fallecimiento y que hasta donde sabía, él siempre atendió económicamente los gastos de la accionante y aunque no convivieron juntos si se visitaban y que su hermano no convivía con nadie más, al igual que la actora; reiterando, que podía dar fe, ellos seguían viéndose, asistiendo a varias reuniones familiares. La segunda de las mencionadas, explicó que si bien ellos se separaron sin convivir bajo el mismo techo, nunca se alejaron y que ella consideraba a la demandante como su cuñada legítima, pues su hermano no sostuvo convivencia con nadie más, pudiendo dar fe de la convivencia de los dos, pese a que no cohabitaban, incluso había fotografías de las reuniones familiares y que el causante le pasaba una mensualidad para su sustento y manutención.

De dicha investigación, también se extrae la entrevista realizada al señor ELIF LÓPEZ VILLAMIL, vecino del edificio donde moraba el causante, relatando que la demandante lo visitaba constantemente, asistía a los eventos sociales y reuniones que se efectuaban en el apartamento, que sabía de la separación de la pareja, pero en los momentos que él estuvo enfermo, la actora estuvo pendiente de él, estando incluso en el momento de su fallecimiento, además, preciso que el causante vivía sólo en su apartamento y no conoció ningún tipo de relación o convivencia con otra persona. De igual manera se entrevistó al ya mencionado FRANCISCO TRUJILLO OCAMPO, quien en similares términos indicó que la pareja pese a su separación continuó compartiendo ya que los siguió uniendo el

lazo familiar con las nietas del único hijo, viajaban mucho y que le constaba que el causante en vida le aportada a la actora todo lo relacionado con sus sustento y manutención. En ese sentido, dicha investigación concluyó que, a partir de la segunda separación, los implicados sostenían una relación sentimental, donde se confirma que estos se visitaban con frecuencia, compartían varios eventos y reuniones familiares, pero que cada uno vivían en diferentes viviendas.

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 la demandante convivió en los términos legales y jurisprudenciales antes explicados, esto es, no sólo por espacio de cinco años en cualquier tiempo, sino hasta el momento en que falleció el señor. En efecto, la prueba testimonial en armonía con la declaración extra proceso y los demás documentos analizados, permiten concluir que la pareja convivió inicialmente en calidad de cónyuges desde el año 1975 hasta el año 1990, fecha en la cual de mutuo acuerdo se divorciaron, advirtiendo, que de dicha unión conyugal se procreó un hijo el 24 de marzo de 1977. Luego, nuevamente contrajeron nupcias el 27 noviembre de 1993, conviviendo por espacio de 14 años divorciándose una vez más el 17 de diciembre de 2007. En lo sucesivo hasta la muerte del causante el 25 de octubre de 2007, en sentir de la Sala hay certeza sobre dicha convivencia, aunque no se haya producido bajo el mismo techo, ello se extrae como se dijo en precedencia de lo dicho por los testigos y demás declaraciones extra procesal que se recibieron, advirtiendo la Sala que a dichas versiones, las que dan cuenta de la convivencia, se les otorga credibilidad al ser contestes, coherentes y espontáneas, además, respondieron las preguntas de manera clara y sin titubeos en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre la convivencia, de modo que son idóneas y resultan convincentes frente a los hechos que depusieron y permiten concluir entonces, que la convivencia como compañeros permanentes se suscitó con un compromiso de vida real y con vocación de continuidad, pues la pareja, pese a separarse cuerpos, mantuvo los lazos espirituales, de acompañamiento y ayuda, hasta que se produjo la muerte del pensionado, advirtiéndose la unanimidad en resaltarse que la señora demandante, estuvo al pendiente en su enfermedad previa a la muerte; ello sumado a que la credibilidad que se advierte de esas declaraciones deviene de la cercanía y familiaridad de los testigos con la pareja, pues se trata de una persona que estuvo al servicio del causante por más de 18 años, así como de dos hermanas del causante, amigos cercanos a la familia, a quienes les consta directamente lo afirmado en el proceso, sin que se evidencien contradicciones o yerros de bulto que conlleven a desechar de plano sus dichos, pues se insiste, no observa la sala parcialidad en favor de los intereses de la aquí interesada.

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 se denotan respecto de la hoy demandante, esto es, el vínculo dinámico y actuante de solidaridad, acompañamiento espiritual y económico hasta el deceso del afiliado.

Es de recordarse en todo caso, que como lo ha enseñado de antaño la jurisprudencia laboral, Los desacuerdos o disgustos transitorios de la pareja, o la no cohabitación por motivos de fuerza mayor no suponen una ruptura de la convivencia, así se reiteró, verbigracia en la sentencia CSJ SL1399-2018, que recordó lo dicho en el fallo SL3202-2015, adoctrinando «que en la familia, como componente fundamental de la sociedad, pueden presentarse circunstancias o vicisitudes que de ningún modo pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico, como cuando desacuerdos propios de la pareja conllevan a que transitoriamente no compartan el mismo techo, pero se mantengan, de manera patente, otros aspectos que indiquen que, inequívocamente no les interesa acabar con la relación, es decir, que el vínculo permanece. En similar sentido, la jurisprudencia laboral ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio» (resaltado ajeno al texto original).

Así las cosas, es claro que la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen pero que no den a entender que el concepto de familia, del vínculo matrimonial o de hecho haya finalizado definitivamente, tal como estima la Sala, ocurre en la presente causa, en la cual a pesar de haberse demostrado que la pareja decidió acabar con el vínculo formal del matrimonio continuó con los vínculos morales, afectivos, sentimentales, de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, propios de una unión entre compañeros permanentes, que perduraron hasta la extinción de la vida del señor ORDOÑEZ NORIEGA.

De ahí que deba confirmarse la sentencia de primera instancia, que llegó a similares conclusiones, por ende, es claro que la demandante tiene derecho a que se le sustituya la prestación por vejez que en vida devengaba el causante, en un 100%, por lo que no le asiste razón a la parte recurrente en sus apreciaciones al quedar plenamente demostrada la convivencia de la demandante en calidad de compañera permanente respecto del pensionado fallecido.

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, como quiera que el derecho pensional se causó el 25 de octubre de 2017, agotándose la reclamación administrativa con la petición efectuada el 08 de junio de 2018, siendo resuelta mediante SUB 213328 del 10 de agosto de 2018, la cual fue confirmada por medio de las Resoluciones SUB 261349 del 04 de octubre de 2018 y DIR 199973 del 14 de noviembre de 2018 , notificada el 22 de noviembre de 2018 (fls. 334 a 345) y teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 08 de octubre de 2019 (fl. 346), siendo notificada efectivamente en los términos de que trata el artículo 94 del CGP, resulta claro que no se configuró la excepción de prescripción.

Así las cosas, se determina como retroactivo calculado desde el 25 de octubre de 2017, hasta el 31 de enero de 2021, la suma de $630.575.465, tal como se discrimina a continuación:

| EVOLUCIÓN DE MESADAS PENSIONALES. | | | No. MESADAS ANUALES | TOTAL |
|---|---|---|---|---|
| AÑO | IPC Variación | VALOR MESADA | | |
| 2.017 | 0,0409 | 13.613.744,00 | 3,20 | $43.563.981 |
| 2.018 | 0,0318 | 14.170.546,13 | 13 | $184.217.100 |
| 2.019 | 0,0380 | 14.621.169,50 | 13 | $190.075.203 |
| 2.020 | 0,0161 | 15.176.773,94 | 13 | $197.298.061 |
| 2.021 | - | 15.421.120,00 | 1 | $15.421.120 |
| | | | TOTAL, RETROACTIVO | $630.575.465 |

En ese sentido se adicionará la decisión de primera instancia en este puntual aspecto. Dicho retroactivo, tal como lo determinó el a quo, deberá ser indexado al momento de efectuarse el pago, en aras de mantener el poder adquisitivo y paliar el efecto de la devolución del peso colombiano

Finalmente, se encuentra acertada la decisión de autorizar a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional el valor que corresponda por concepto de aportes con destino al sistema de seguridad social en salud en los términos del artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

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: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de determinar que el retroactivo pensional adeudada a la demandante, calculado entre el 25 de octubre de 2017 y el 31 de enero de 2021, $630.575.465,oo moneda corriente sin perjuicio del que se siga causando en lo sucesivo, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia. 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

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por BETTY YASMIL TORRES ALVAREZ contra COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-013-2019-00217-01.

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 apoderado judicial de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de octubre del 2020.

## ANTECEDENTES

La señora BETTY YASMIL TORRES ÁLVAREZ interpuso demanda ordinaria, en contra de COLFONDOS S.A., a fin de que se le concedan las siguientes pretensiones:

Se declare que PAOLA ALEXANDRA HERNÁNDEZ TORRES (Q.E.P.D.), tenía cumplidos a la fecha de su fallecimiento (03 de junio de 2015), los requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993 artículo 73. Se declare que la señora BETTY YASMIL TORRES ÁLVAREZ, cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente al depender de su hija fallecida, para su sustento y mínimo vital. Como consecuencia de lo anterior, se ordene el reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente, con vigencia a partir del 04 de junio de 2015; se condene a la demandada al pago de todos los daños y perjuicios causados, por el no reconocimiento de la pensión de sobreviviente en el mes de octubre de 2015; que se indexen los valores reconocidos por concepto de retroactivo pensional mes a mes desde su causación y hasta el momento del pago, y se condene a pagar la indexación, intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que su única hija PAOLA ALEXANDRA HERNANDEZ TORRES, nació el 25 de diciembre de 1987, que inició su vida laboral en el mes de febrero del año 2012, cotizando ininterrumpidamente hasta el mes de mayo de 2015 a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.; que cotizó más de 50 semanas en los tres años previos a su fallecimiento, mientras laboró para la Secretaria Distrital de Salud como contratista; que devengaba un salario de CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL PESOS ($4.150.000), cotizando a sus aportes de seguridad social sobre el 40% de lo devengado; que falleció el 03 de junio de 2015 por enfermedad grave, y que dependía de ella para su manutención y mínimo vital, ya que esta hasta el momento de su fallecimiento se encargaba de su cuidado y sostenimiento, e incluso la había afiliado a la seguridad social en calidad de beneficiaria.

Manifestó que presentó solicitud de pensión de sobrevivientes ante COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. en el mes de julio de 2015, la cual fue rechazada por la demandada el 29 de octubre de 2015, por considerar que no cumplía con los requisitos exigidos por la ley, ya que tenía la capacidad para solventarse sus propios gastos. Presentó nueva reclamación el 21 de agosto de 2018, la cual también fue rechazada el 11 de septiembre de 2018.

Respecto de los inmuebles, adujo que el primero donde vivía con su hija y habita en la actualidad, fue un predio que le fue adjudicado en la sucesión de sus padres por el 50% y el otro 50% correspondió una compra venta; que para realizar tal pago y arreglos necesarios, constituyó hipoteca abierta a favor del BANCO CAJA SOCIAL por valor de SESENTA MILLONES DE PESOS ($60.000.000) a un plazo de 120 meses con una cuota mensual de UN MILLÓN CINCUENTA MIL PESOS ($1.050.000); que proyectando la cuota mensual, con el valor de los arriendos, recibe UN MILLÓN SETECIENTOS MIL PESOS ($1.700.000) pero que con lo percibido no cumple con los gastos del mismo inmueble, y que en la actualidad presenta mora de 6 cuotas en su obligación hipotecaria, no contando con ingresos suficientes para sufragar esta obligación, su manutención y mínimo vital, adeudando de igual forma el impuesto predial de los años 2016, 2017 y 2018. Frente al segundo inmueble, explicó que lo compró con su hija, con dineros provenientes de préstamo de su hermana la señora MARIA NELSI TORRES ALVAREZ, quien lo recibió de una herencia, otorgándole un plazo para su pago, pero que con ocasión al fallecimiento de su hija, cambió su situación económica, razón por la que no cumplió con lo pactado y perdió lo que había pagado, así que la señora MARIA NELSI TORRES lo vendió nuevamente en el año

2016. En relación con el préstamo de su hija con el BANCO DAVIVIENDA, explicó que si bien el préstamo fue por VEINTICINCO MILLONES DE PESOS ($25.000.000) para el posgrado que se encontraba realizando, que las cuotas mensuales eran de SETECIENTOS MIL PESOS ($700.000) lo que le permitía cubrir esta obligación y también la manutención de su madre al recibir como salario la suma de CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL PESOS ($4.150.000). Concluyó que en la actualidad no se encuentra afiliada a ninguna EPS, pues no cuenta con los medios económicos que le permitan realizar el pago; que tuvo que adquirir prestamos con terceros para sufragar sus obligaciones, manutención y mínimo vital, Por ultimó agregó que COLFONDOS S.A. al negar la pensión de sobreviviente a la que tiene derecho, le ocasionó perjuicios como la posibilidad de perder su vivienda, ya que BANCO CAJA SOCIAL le informó que inició un proceso ejecutivo en su contra por las obligaciones dinerarias no cumplidas (Fls. 3 a 11 y 39).

## CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada A.F.P. COLFONDOS S.A contestó la demanda sin oposición a la pretensión primera, toda vez que ALEXANDRA HERNÁNDEZ TORRES (Q.E.P.D) dejó causado el derecho pensional, pues cumplió con los supuestos facticos y jurídicos. En cuando a las demás pretensiones, manifestó su oposición toda vez que argumentó no existe dependencia económica de la55 demandante hacia su hija fallecida. Agregó que no se demuestra que su calidad de vida haya sufrido deterioro alguno, y asimismo expuso que con la investigación realizada por COLFONDOS la demandante no ostentaba la calidad de beneficiaria, al no depender económicamente de su hija causante del derecho. Formuló las excepciones las de «inexistencia de la obligación», «falta de causa», «buena fe», «innominada o genérica», «pago y compensación», «enriquecimiento sin causa», «prescripción» y «cobro de lo no debido» (Fls. 110 a 123).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 6 de octubre del 2020, condenó a la demandada COLFONDOS S.A. a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la accionante en calidad de progenitora de la afiliada, desde el 03 de junio de 2015, la cual no podrá ser inferior al salario mínimo legal, junto con los reajustes previstos en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sobre 13 mesadas al año. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones impetradas en su contra. Declaró probada parcialmente a excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 18 de marzo de 2016.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que PAOLA ALEXANDRA HERNÁNDEZ TORRES, cotizó más de las 50 semanas exigidas por ley, a los 3 años dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a su deceso, dejando causada la pensión, situación que no es punto de debate pues la demandada no hizo oposición. Respecto a la dependencia que tenia la demandante frente a su hija, indicó que se allegó certificación expedida por la EPS Compensar del 27 agosto 2015, observándose que era beneficiaria en el sistema de salud de su hija PAOLA HERNANDEZ; asimismo, los testimonios de BLANCA TORRES ÁLVAREZ y MARIA NELLY TORRES ÁLVAREZ hermanas de la actora, que a pesar de ser sus hermanas, brindaron declaraciones en las que no se advirtió asomo de duda. Señaló que de acuerdo a lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3051 de 24 de julio de 2019, la dependencia económica no debe ser total o absoluta, y no significa que cualquier expendio que se le otorgue a los familiares pueda ser tenido como beneficiario de la pensión, sino aquel que tiene la connotación de ser relevante para el mínimo sostenimiento de la familia. Así entonces, agregó que aunque existan otras contribuciones o rentas por parte del afiliado, esto no excluye del derecho a su familiar, pues la única condición a cumplir es que estas contribuciones sean suficientes para garantizar la supervivencia en condiciones mínimas, dignas y decorosas, pues si sus condiciones son precarias o insuficientes para proveerse al punto que el apoyo o ayuda así sea parcial, es determinante para llevar una vida digna, se podrá pregonar la dependencia fundamental del beneficiario respecto del causante, así como la subordinación económica. Por lo anterior, decidió que en el caso de la demandante, y aunque esta contaba con inmuebles y recibe renta de estos, lo cierto es que el mínimo vital de la señora TORRES ALVAREZ, se vio ampliamente afectado por el fallecimiento de su hija PAOLA ALEXANDRA HERNÁNDEZ TORRES, por lo que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de COLFONDOS S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando se absuelva a su representada y se revoque el fallo de instancia. Fundamento su inconformidad, argumentando que la demandante no logró demostrar una real dependencia frente a su hija, toda vez que la señora BETTY YASMIL TORRES ÁLVAREZ para la época del fallecimiento de su hija era propietaria de 2 inmuebles, uno adquirido por 50%por herencia y el otro el otro 50% por compra, además contaba con otro inmueble, que para noviembre de 2016 fecha en la que su hija ya había fallecido lo vendió, aduciendo una supuesta devolución, de lo cual se puede establecer que no dependía de su hija, como quiera que se beneficiaba para la época de los cánones de arrendamiento de los inmuebles con valor

de $980.000, por lo que consideró que no es cierto que se esté demostrada la dependencia económica. Agregó que los dineros que le daba PAOLA ALEXANDRA HERNÁNDEZ TORRES no constituían un sustento significativo, ya que al ser propietaria de 2 inmuebles, se encuentra demostrado que ella misma mantenía su mínimo vital, teniendo en cuenta que ese aporte que le hubiese dado la causante, representó una colaboración de un hijo de familia, mas no un aporte determinante para su sustento. Recalcó que los ingresos que perciben los padres fruto de su trabajo son necesarios para sus sustento, por lo que a su juicio no se configuró el presupuesto de la norma para acceder a la pensión de sobreviviente.

## 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 de la demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que su representada sí cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su hija fallecida PAOLA ALEXANDRA HERNÁNDEZ TORRES.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, resolver el siguiente problema jurídico: Establecer si la demandante BETSY YASMIL TORRES ALVAREZ, acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente en calidad de madre y dependiente económica de su hija fallecida.

## CONSIDERACIONES

Para desatar el problema jurídico así planteado, se ha de precisar que es un hecho indiscutido dentro del proceso, que la señora PAOLA ALEXANDRA HERNÁNDEZ TORRES falleció el 3 de junio de 2015, conforme se acredita con el registro civil de defunción que obra a folio 15 del plenario. Tampoco se discute que aquella dejó configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Es decir, la controversia se habrá de zanjar de conformidad con el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece en su literal d) que a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.

Para ello es necesario indicar que la Corte Constitucional en sentencia C – 111 de 2006, declaró inexequible la expresión que relacionaba el concepto de dependencia económica en «forma absoluta y total» como se concibió inicialmente en la norma antes citada, por tanto determinó que la dependencia económica se entiende como la falta de condiciones materiales que le permitan a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes suministrarse para sí misma su propia subsistencia, por lo que ésta supone un criterio de necesidad, que resulta indispensable para asegurar la subsistencia de quien, como en el caso de los padres, al no poder sufragar los gastos propios de la vida, pueden requerir de dicha ayuda. Por ello la dependencia económica no siempre es total o absoluta, pues no excluye que aquellos puedan percibir un ingreso adicional, siempre y cuando este no los convierta en autosuficientes económicamente, valga decir, haga desaparecer la relación de subordinación frente al hijo fallecido[1].

Así pues, a voces del estudio de constitucionalidad hecho en la precitada sentencia, es imperioso reconocer la pensión de sobrevivientes a aquellos padres que a pesar de percibir ingresos adicionales o cualquier otro tipo de prestación económica del que sean titulares, estos no le garantizan una autosuficiencia económica en condiciones dignas; en consecuencia, estima la citada Corporación, que no se debe demostrar por parte de los beneficiarios progenitores del causante, «una situación total y absoluta de desprotección económica sinónimo de miseria, abandono e indigencia, con el propósito de garantizar el reconocimiento de su derecho a la pensión de sobrevivientes, es desconocer que la vida del hombre en términos constitucionales, no se limita al hecho concreto de sobrevivir, sino que exige un vivir con dignidad, esto es, de acuerdo con las condiciones que le permitan sufragar -en realidad- los gastos propios de la vida, lo que no excluye la posibilidad de los padres de obtener otros recursos distintos de la citada pensión, siempre que los mismos no le otorguen independencia económica».

De igual forma, agrega la Corte Constitucional, es menester considerar que dada la avanzada edad los padres, ello les imposibilita abrirse campo en el mercado laboral, y procurarse un empleo que les pueda proveer un mínimo existencial, o a pesar de generarse ingresos adicionales estos son tan ínfimos, que se encuentran subordinados a la protección económica que en parte le puedan brindar sus hijos. Es por esta razón, que el precedente constitucional exige que los otros recursos adicionales que pudieran tener los padres no les alcance para su subsistencia, la cual, según la Corte, debe satisfacerse en «términos reales y no con asignaciones o recursos meramente formales».

[1] Sentencia C-111 de 2006.

De esta forma, la subordinación o dependencia al auxilio que se recibe del hijo fallecido, debe determinarse atendiendo a las particularidades de la situación personal del beneficiario, y lo único que debe escudriñar el Juez, es que los posibles ingresos adicionales no los haga autosuficientes económicamente, valga decir, que desaparezca el vínculo de sujeción a la ayuda pecuniaria del hijo. En este orden de ideas, en el plurimencionado pronunciamiento la Corte adoctrinó los criterios que se debían tener en cuenta para determinar si hay independencia económica por parte de los padres, al momento del fallecimiento del causante, los que se sintetizan así:

1) Que los recursos económicos diferentes al auxilio que reciben del hijo fallecido, no sean suficientes para que se cubran los gastos de subsistencia mínima y tener una vida digna;
2) El devengar un salario mínimo no determina la independencia económica.
3) «No constituye independencia económica recibir otra prestación[2]. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993[3]».
4) No se desvirtúa la dependencia económica por el simple hecho que el beneficiario perciba una suma dineraria mensual o ingreso adicional.
5) Los ingresos adicionales deben ser permanentes y suficientes.
6) El hecho de tener propiedad sobre un inmueble, tampoco rompe la subordinación económica.

De igual manera, el Alto Tribunal de esta especialidad en sentencia SL4103 del 2 de marzo de 2016, ha enfatizado que la dependencia económica debe tener las siguientes características: (i) la ayuda que suministraba el causante debía ser «significativa e importante, ya que no es suficiente la regular y simple colaboración de un buen hijo a sus padres para poder predicar la dependencia económica exigida»; (ii) tiene que ser «relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo para quienes se ven desprotegidos»; (iii) y si los padres devengan otros ingresos, se hace imperioso establecer «si no eran suficientes, y si en efecto se estaba en presencia de una subordinación respecto del hijo».

Descendiendo al caso sub examine, se observa en el cauce del debate probatorio que al presente juicio se trajeron los siguientes testimonios:

---

[2] Sentencia T-281 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[3] Dispone la norma en cita: *«Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez»*

BLANCA TORRES ÁLVAREZ, dijo ser la hermana de la demandante, con la cual guarda una estrecha relación y de mucha confianza, visitándola cada 8 a 15 días, y con comunicación telefónica diaria. Señaló que hace aproximadamente 6 años, cuando su papá estaba vivo, visitaba a su hermana más seguido puesto que su padre vivía en la misma casa. En lo atinente a la hija de la demandante, PAOLA ALEXANDRA HERNÁNDEZ TORRES, señaló que aunque nunca le llegó a preguntar cuanto ganaba, ésta una vez le comento que ganaba entre $4.100.000 y $4.200.000, que vivía con su mamá, que le aportaba económicamente, que debido a que su hermana tenía una casa hipotecada, le ayudaba a pagar las cuotas, le hacía mercado, le daba para el vestido, para las onces e incluso le daba a sus sobrinos para onces. Adujo que todo lo anterior le constaba porque en varias ocasiones cuando ella estaba presente, la demandante le pedía a su hija para los gastos, los servicios o lo que había que pagar. Manifestó que anteriormente, su hermana trabajaba 1 o 2 veces por semana, arreglando apartamentos o haciendo mandados, que percibía $35.000 diarios por arreglar un apartamento, que tenía una casa hipotecada que fue una casa que recibió en herencia, y también le debía plata a ella por una casa que le vendió.

MARIA NELSY TORRES ÁLVAREZ, quien también es hermana de la demandante, señaló que todos los días la visitaba porque vivía cerca. En lo referente a la causante, dijo que conocía que esta laboraba con la Secretaria de Salud, en el Hospital Vista Hermosa, con una salario de un poco más de $4.000.000, que conoce esa suma porque ella compartía con ellos. Informó que BETSY YASMIL TORRES ÁLVAREZ, trabajaba por días, pero que 2 años antes de la muerte de PAOLA ALEXANDRA HERNÁNDEZ TORRES, ésta le pidió que no trabajara porque ella le daba todo, como el diario, el mercado, pagaba la hipoteca de la casa, y adicional a esto, le pagaba estudios al hijo de la testigo y le colaboraba con las loncheras. Indicó que la demandante tiene una casa pero que se encuentra hipotecada, y que además recibe unos dineros por arriendos, pero que estos no le alcanzan. Afirmó que tiene una casa, pero que la Sra. PAOLA ALEXANDRA HERNÁNDEZ TORRES, le pidió que se las vendiera, lo cual hizo pero que una vez fallecida su sobrina, su hermana le regresó la casa. Agregó que sabía que ella le ayudaba a su mamá, porque cuando iba a cobrar su salario, iba con su hijo y que incluso a la testigo también le colaboraba con el mercado. Que la demandante recibía alrededor de $450.000 o $500.000 por arriendo del inmueble, pero que no le alcanza porque incluso deben ayudarla con el pago de los servicios y con el alimento.

A su turno la demandante BETSY JASMIL TORRES ÁLVAREZ, en el interrogatorio de parte explicó que en la actualidad se encuentra desempleada, que al momento de fallecimiento de su hija tenía dos casas, que una se encontraba arrendada

y recibía unos $700.000 u $800.000 por concepto de arriendo, que se trataba de dos apartamentos que quedaban en la misma casa. Igualmente señaló que para esa misma época, contaba con crédito hipotecario por $60.000.000, a 10 años, y que dicho préstamo fue solicitado para comprarle a su hermana una casa que les heredaron. Que su hija contaba con un crédito del Banco Davivienda, por valor de $25.000.000 el cual utilizó para pagar educación y para la casa que el compraron a su hermana. Afirmó que su hija aportaba entre 900.000 y 1.000.000 mensuales para los gastos de la casa y para el pago del crédito, que trabajaba por prestación de servicios en el Hospital Vista Hermosa, que no tenía pareja y no tenía vehículos.

Por otro lado, se agregó al expediente cedula de ciudadanía de la actora (fls. 12); cedula de ciudadanía de la causante (fls. 13); registro civil de nacimiento de esta última (fls. 14); copia de la historia laboral de COLFONDOS S.A. (fls. 16-17); historia clínica de la señora PAOLA ALEXANDRA HERNÁNDEZ TORRES -QEPD- (fls. 18, 40-67); certificado de afiliación COMPENSAR E.P.S. a nombre de PAOLA ALEXANDRA HERNÁNDEZ TORRES, donde figura como beneficiaria la Sra. BETSY YASMIL TORRES ÁLVAREZ (fls. 19); Certificado de tradición matrícula inmobiliaria No. 50S-282346 (fls. 24-27); Certificado de tradición matrícula inmobiliaria No. 50S-616965 (fls. 28-30); estados de cuenta crédito de vivienda con pago inmediato dirigido a la demandante (fls. 31, 34); formularios de autoliquidación electrónica asistida del impuesto predial unificado, en mora por los años 2016-2017-2018 (fls. 32-33, 35).

De conformidad con lo anterior, y una vez examinadas las pruebas en precedencia, se encuentra que la definición de primer grado se ajusta a los parámetros legales, de conformidad con las normas vigentes a la fecha de la muerte de la causante, advirtiendo que si bien no se indicó con precisión a cuanto ascendía concretamente lo que proveía la causante a la subsistencia de su progenitora, huelga aclarar, que para acreditar la subordinación económica, no se requiere acreditar sacramentalmente a cuanto ascendía la ayuda económica, pues para lo que importa en este asunto, resulta claro que la causante proveía económicamente al hogar que conformaba junto a su señora madre contribuyendo a solventar los créditos de hipoteca, la alimentación, servicios públicos y gastos propios del hogar donde convivía con la actora, es decir, no se trataba de una mera ayuda o aporte, sino que tal obligación descansaba en gran parte en el causante, de modo pues que el aporte que brindaba era de gran magnitud en el contexto de las obligaciones que tenía la demandante al momento de la muerte del causante, por lo que desde esta perspectiva es dable concluir, que la protección económica brindada por la hija al momento de ocurrir el deceso era determinante para la demandante en aras de poder financiar su vivienda, alimentación y sus gastos personales, además de la satisfacción de deudas y créditos por solucionar, es decir, con la contribución

económica que hacía el hijo fallecido se reunía lo necesario para la congrua subsistencia de la demandante, por cuanto si bien ella laboraba en una época para tener su sustento, lo cierto es que se demostró que antes de fallecer la Señora PAOLA ALEXANDRA HERNÁNDEZ TORRES, la actora ya no laboraba por petición de su hija, igualmente se demostró que aunque la actora es propietaria de un inmueble, del cual percibe en arriendo alrededor de $800.000, que este no le alcanza y no le es suficiente para subsistir y para hacer frente a sus obligaciones financieras y personales, y además se encuentra hipotecado. En este aparte es menester aclararle y recordarle al recurrente por esta Colegiatura, que el hecho de estar percibiéndose sueldo o pensión, no desvirtúa la dependencia económica en los términos anteriormente concluidos, como quiera que ella no debe ser de forma absoluta y que esta se mide y pondera al momento del fallecimiento del causante.

En ese contexto, si el aporte de la hija no era una mera ayuda formal, sino que era relevante pues con ella se cofinanciaba no solo la vivienda y alimentación de la madre sino todo lo de sus gastos y necesidades personales, es claro, que el aporte económico del causante no estaba destinado sólo a suplir sus propios gastos; circunstancias estas que permiten concluir que existía una subordinación económica entre madre e hija, se itera, era la causante quien además de convivir bajo el mismo techo con su madre, le prodigó amparo económico a su progenitora.

Bajo este panorama probatorio, considera la Sala que la conclusión expuesta en precedencia a la que se llega a través de la libre formación del convencimiento con arreglo a la aplicación de las reglas de la sana critica probatoria, especialmente en lo que a los testimonios recaudados se refiere como ya se indicó, no deja duda sobre el particular, dado que a los testimonios recaudados se les otorga credibilidad al ser contestes, coherentes y espontáneos, además, respondieron las preguntas de manera clara y sin titubeos en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el modo en que la causante ayudaba económicamente a su madre, de modo que son idóneas, y resultan convincentes frente a los hechos que depusieron y permiten concluir entonces, que era en los hombros de la causante que descansaba gran parte del peso económico del hogar, donde pagaba la mitad del arriendo, servicios públicos y alimentación, además, se insiste en el pleno valor probatorio que se les asignó con independencia que se trataba de hermanas de la demandante, pues de lo que éstas dijeron hubo espontaneidad y no se observó parcialidad alguna en favor de la madre del finado; lo cual resulta suficiente para confirmar la decisión de primera instancia. Sin costas en esta instancia.

## 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 presente providencia.

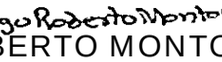
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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



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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado ANA ROSA PARDO HERRERA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Rad. 110013105-029-2018-00341-01.

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 decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el día 14 de octubre de 2020. Así mismo, revisará la aludida sentencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

## ANTECEDENTES

La señora ANA ROSA PARDO HERRERA, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a fin de que se declare que le asiste el derecho a la pensión de sobreviviente, por el fallecimiento de su esposo WALTER BEJARANO HERNÁNDEZ, conforme a lo establecido por la Ley 71 de 1988, artículo 7°. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada, al reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente, a partir del 13 de agosto de 2014, fecha del fallecimiento del causante, así como el pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año con los incrementos legales respectivos, retroactivo, indexación y costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que contrajo matrimonio con el causante el señor WALTER BEJARANO HERNANDEZ, el 09 de diciembre de 1982, compartiendo techo, lecho y mesa hasta el día de su fallecimiento el 13 de agosto

de 2014. Afirmó que su esposo era beneficiario del régimen de transición, toda vez que para la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 15 años de servicios, que corresponde a más de 750 semanas de cotización (Fls 3 a 10).

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la actora, manifestando que esta no acreditó los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 artículo 47, para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente, y que a su vez, tampoco es viable el reconocimiento pensional toda vez que ya le fue reconocida la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, por lo anterior argumentó que no le asiste derecho al reconocimiento pensional, al no configurarse los presupuestos de hecho ni de derecho. Propuso como excepciones las de «inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir», «buena fe», «declaratoria de otras excepciones», «prescripción», e «innominada o genérica» (fls. 69 a 73).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 14 de octubre de 2020, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a favor de la demandante como cónyuge supérstite del causante Sr. WALTER BEJARANO, a partir del 13 de agosto de 2014, en cuantía inicial de ($616.000), por 13 mensualidades al año. Igualmente, declaró no probada la excepción de prescripción, condenó a COLPENSIONES a pagar a la demandante el retroactivo causado desde el 13 de agosto de 2014 y hasta la fecha en que sea incluida en nómina por las mesadas causadas como cónyuge del causante, sumas que ordenó fueran debidamente indexadas. Finalmente, autorizó a COLPENSIONES para compensar el valor de la indemnización sustitutiva de vejez, reconocida en el año 2015 por valor de $6.221.572, suma que deberá ser indexada al momento de su pago de acuerdo el IPC.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, argumentó que se demostró que el causante falleció el 13 de agosto de 2014, que la calidad de cónyuge de la señora ANA ROSA PARDO HERRERA, no es discutible toda vez que quedó acreditada en el momento en que COLPENSIONES le concedió la indemnización sustitutiva; igualmente, señaló que con la prueba testimonial recaudada, se probó la convivencia de la demandante y su esposo causante hasta el momento de su fallecimiento, el hogar que conformaban, las dos hijas que procrearon, y los gastos que sufragaban como

cónyuges. Seguidamente, consideró que el causante al ser beneficiario del régimen de transición, dejó causado su derecho pensional, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, en concordancia con el artículo 12 de la ley 797 de 2003, el cual señala que cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo en el régimen de prima media, en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de la devolución de saldos de que trata el artículo 63, tendrá derecho a la pensión de sobreviviente; a su vez, dijo que si bien el causante contaba con 34 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, este cotizó más de 15 años de servicios antes de esta fecha, lo que lo hizo beneficiario del régimen de transición, el cual posteriormente conservó, ya que para el 31 de julio de 2005, tenía 1009 semanas cotizadas, acumulando un total de 1087 semanas con tiempos públicos y privados, superando el número de semanas exigidas para obtener derecho a su pensión; argumentó que si bien a la demandante le fue reconocida la indemnización sustitutiva, no se puede desconocer el derecho al reconocimiento de la pensión cuando se cumple con los requisitos para ello.

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada judicial de la accionante interpuso recurso de apelación, solicitando sea modificada parcialmente la sentencia proferida, en lo que hace referencia a la primera mesada pensional a que tiene derecho la demandante, rogando sea revisada la liquidación y el IBL a tener en cuenta de acuerdo a la fecha de fallecimiento (13 de agosto de 2014) y según las cotizaciones realizadas. Igualmente, adujo que se debe reconocer la pensión en 14 semanas, ya que el causante se encontraba dentro del régimen de transición y el Acto Legislativo 01 de 2005 no afectó su mesada 14 o mesada adicional de junio.

Por su parte, el apoderado judicial de COLPENSIONES apeló la decisión requiriendo sea revocada la decisión de primera instancia, y en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones. Expresó que de acuerdo con la fecha de fallecimiento del señor WALTER BEJARANO HERNÁNDEZ, la norma vigente aplicable para el caso en concreto, es la Ley 797 de 2003 en su artículo 12, que modificó el artículo 43 de la Ley 100 de 1993, frente a los requisitos para obtener la pensión de sobreviviente, siendo los miembros del grupo familiar del causante, siempre y cuando este hubiera cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores al momento de su fallecimiento, evento que en el presente caso indicó que no ocurrió.

## 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 de la accionante bajo los argumentos esgrimidos en la apelación, solicitó se modifique parcialmente la decisión de primer grado. Por su parte, la accionada, solicitó se revoque la decisión y en su lugar se absuelva de las pretensiones a su representada, al considerar que el causante no cumplió con el requisito de semanas cotizadas antes de su fallecimiento.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y observando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en razón del fallecimiento de su cónyuge WALTER BEJARANO HERNÁNDEZ; de ser así, se definirá la forma y términos en que debe ser reconocida, así como la norma aplicable, para resolver tanto los recursos de apelación interpuestos como la consulta a favor de le entidad.

## CONSIDERACIONES

Con la finalidad de resolver el problema jurídico, es necesario señalar que se acreditó que el señor WALTER BEJARANO HERNÁNDEZ falleció el 13 de agosto de 2014, tal y como se advierte del registro civil de defunción obrante a folio 6 del informativo, 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, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 (publicada en el Diario Oficial No. 45.079 del 29 de enero de 2003), norma que exige para los afiliados que fallecen haber acreditado 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la muerte, para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

El anterior requisito no fue cumplido en vida por el asegurado fallecido, pues conforme se advierte del resumen de semanas cotizadas (fls. 10-13) entre el 13 de agosto de 2011 y 13 de agosto de 2014, no fue realizada ninguna cotización, y se debe acotar que la última cotización efectuada por el causante WALTER BEJARANO HERNÁNDEZ, fue en julio de 2009, de lo que se concluye que no le asiste derecho al reconocimiento pensional bajo la citada disposición pues no cumplió con la densidad de semanas requeridas.

No obstante lo anterior, lo que si se establece es que la norma aplicable corresponde a lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que establece:

> "PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley. (...)"

Conforme a la disposición en cita, es claro que el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con la reforma introducida por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, existen dos posibilidades para acceder a la pensión de sobrevivientes, la primera es que el afiliado haya cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento; la segunda, que el afiliado haya cotizado el mínimo de semanas requerido para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media, aun cuando no posea 50 semanas en los 3 años anteriores al fallecimiento.

Al respecto, se advierte que se alega por la parte actora que el fallecido WALTER BEJARANO HERNÁNDEZ, era beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, en virtud del cual, le resulta aplicable el régimen pensional contemplado en la Ley 71 de 1988 que concibe la denominada pensión de jubilación por aportes, que en su artículo 7º exige como requisitos de causación acreditar 20 años de aportes realizados en Cajas de Previsión Social de los distintos órdenes territoriales y al ISS, y para lo que interesa al proceso cumplir 60 años si es hombre.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, determinó que la pensión de jubilación por aportes no puede ser desconocida por no acreditarse cotizaciones a cajas de previsión social y al ISS con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, además la citada Corporación también admitió para el cómputo del tiempo de aportes exigido por la Ley 71 de 1988, el tiempo de servicios públicos no cotizados por el empleador, ampliando así el ámbito de aplicación de la citada regulación.

De conformidad con la citada norma y su entendimiento jurisprudencial, se debe verificar por esta Sala de Decisión, si como lo determinó el Juzgador de primera instancia, el demandante a la fecha de su fallecimiento ocurrido el 13 de agosto de 2014, ya cumplía con el número mínimo de semanas entre las aportadas al ISS, y el tiempo

laborado al sector público, así como la edad. A este respecto, encuentra esta Magistratura que para el 1º de abril el causante contaba con 34 años, toda vez que nació 25 de agosto de 1959, conforme se constata con el registro civil de nacimiento obrante a folio 5.

De otro lado, se observa que el causante cotizó 20 años, tanto en sector público como privado, por lo siguiente:

- De conformidad con la documental obrante a folios 14-25, se observa que el Sr. WALTER BEJARANO HERNÁNDEZ (QEPD), laboró para la Caja Agraria, desde el 1° de junio de 1981 hasta el 27 de junio de 1999, es decir, 6.608 días, equivalente a 18,10 años, y a 944 semanas cotizadas.
- De igual forma a folios 10-12 del plenario, se evidencia que el causante prestó sus servicios a los siguientes empleadores: E BONILLA GÓMEZ Y CI, desde el 8 de mayo de 1978 hasta el 16 de diciembre de 1978; TECNOQUIMICAS S.A., desde el 1 de febrero de 1979 hasta el 30 de abril de 1979; CONALFI LTDA desde el 23 de octubre de 1979 hasta el 2 de abril de 1980; E BONILLA GÓMEZ Y CI, desde el 26 de abril d 1980 hasta el 13 de marzo de 1981.
- También se encuentran cotizaciones como independiente, desde el 1 de mayo de 2008 hasta el 31 de enero de 2009, del 1 de febrero de 2009 a 31 de marzo de 2009, y del 1 mayo de 2009 a 31 de julio de 2009, siendo esta su última cotización. En suma, el causante acumuló un total de 173,86 semanas en tiempos privados, equivalentes a 1217 días, es decir, 3,33 años.
- Ahora bien, como asertivamente lo expone la libelista, el causante completaba la densidad de tiempos de cotización requerido por la norma, ya que sumados tiempos públicos y privados, arrojó un total de 1.117,86 semanas cotizadas, lo que equivale a 21.48 años de servicios.
- A su turno, se observa que también satisfizo el causante el requisito de la edad, por cuanto la muerte habilita la edad, de conformidad con la Ley 12 de 1975.

Así las cosas, a juicio de la Sala se han de desestimar los alegatos del apoderado de la demandada, puesto que en el presente caso no se requería el requisito de las 50 semanas durante los 3 años anteriores al fallecimiento.

Definido como está, que el causante había causado en vida su derecho a la pensión de jubilación por aportes de que trata el art. 7º de la Ley 71 de 1988, se procederá a definir lo concerniente a la pensión de sobreviviente.

De conformidad con lo anterior, el estudio del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del pensionado post mortem por jubilación el señor WALTER BEJARANO HERNÁNDEZ, ocurrido el 13 de agosto de 2014, 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, 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 afiliado o pensionado por vejez que fallezca por riesgo común, 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 del asegurado o pensionado fallecido, 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, solo es exigible en caso de muerte del pensionado», 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 ese orden de ideas, para ser considerado beneficiario de la prestación por sobrevivencia, en condición de cónyuge o compañero(a) permanente supérstite respecto del afiliado al sistema pensional que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, pues lo que debe acreditarse es tal calidad y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia y 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 se recepcionan los testimonios de MARÍA DE LA CRUZ SUESCUN y PABLO ANTONIO RINCÓN ROJAS en el curso del proceso.

Así entonces, la señora MARÍA DE LA CRUZ SUESCUN, dijo conocer a la pareja desde 1993, porque su hija estudiaba con la hija del causante, que conoció su núcleo familiar porque su hija iba a hacer trabajos a la casa de la demandante y su esposo, y ella iba a recogerla; que sabe que la familia de ellos está compuesta por su hija mayor TANIA y su hija menor LORENA; que el Señor WALTER BEJARANO HERNÁNDEZ (QEPD), trabajaba para la Caja Agraria, y después se dedicó a realizar oficios varios, y que la Señora ANA ROSA PARDO, siempre trabajó como secretaria en Colegios, y en estos momentos conoce que se encuentra laborando como tesorera de un colegio. Manifestó

no conocer de alguna separación de la pareja, y señaló que cuando ya las hijas estaban en bachillerato se encontraba con ellos, que siempre estaban juntos y la invitaban a tomar algo. Respecto a la muerte del Sr. WALTER BEJARANO HERNÁNDEZ, señaló que se trató de una muerte natural en el año 2014, y que para la época convivía con su esposa, la Señora ANA ROSA PARDO. En lo que tiene que ver con los gastos de la casa, dijo que estos eran sufragados por los dos, puesto que ambos trabajaban, y se dividían estas obligaciones; igualmente afirmó que entre ellos siempre se colaboraban, que existió una ayuda mutua por cuanto cuando él se quedaba desempleado era su esposa la que colaboraba.

Por su parte, el señor PABLO ANTONIO RINCÓN ROJAS, manifestó que conocía al causante hace más de 27 años, porque él era el esposo de la señora ANA ROSA PARDO, y él tenía negocios con el hermano de ANA ROSA desde pequeños. Que el hogar de ellos estaba conformado por dos hijas TANIA MILENIA y SALY LORENA. Que conoció que el Señor WALTER BEJARANO trabajaba en la Caja Agraria y una vez lo liquidaron, se puso a hacer oficios varios. En cuanto al fallecimiento del Señor WALTER BEJARANO, dijo que murió el 13 de agosto de 2014, de un infarto. Que nunca supo que la pareja se hubiera separado, y que al momento del fallecimiento, el causante convivía con su esposa y sus dos hijas en Villavicencio. Informó que la Señora ANA ROSA PARDO, trabajaba en la parte administrativa de un colegio, y que antes de fallecer, WALTER BEJARANO le había informado que la situación económica estaba muy dura, y que no les alcanzaba el dinero para los estudios de sus hijas.

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 la accionante era la cónyuge del señor WALTER BEJARANO HERNÁNDEZ, y que convivió con él en la forma requerida por las disposiciones legales y alcances jurisprudenciales vigentes. En efecto, la prueba testimonial, permite concluir que la pareja convivió, desde hace aproximadamente 27 años, que tuvieron 2 hijas, y que al momento del fallecimiento del Sr. WALTER BEJARANO HERNÁNDEZ, éste convivía con su esposa la Señora ANA ROSA PARDO, además de lo anterior, se encontró que estos testigos respondieron las preguntas de manera clara y sin titubeos en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre la convivencia, de modo que son idóneas y resultan convincentes frente a los hechos que depusieron y permiten concluir entonces, que la convivencia como cónyuges se suscitó con un compromiso de vida real y con vocación de continuidad, pues la pareja no se separó sino hasta la muerte del pensionado; ello sumado a que la credibilidad que se advierte de esas declaraciones deviene de la cercanía de los testigos con la pareja, pues se trata de amigos cercanos a la familia a quienes les consta directamente lo afirmado en el

proceso, sin que se evidencien contradicciones o yerros de bulto que conlleven a desechar de plano sus dichos, pues se insiste, no observa la sala parcialidad en favor de los intereses de la aquí demandante.

Abonado a todo lo anterior, debe señalarse que la calidad de beneficiaria de la demandante fue reconocida por COLPENSIONES a través de la Resolución GNR137921 del 12 de mayo de 2015, donde se le concedió la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en calidad de esposa beneficiaria del de cujus (fls. 31-35). De ahí que al haber quedado demostrada la convivencia en común entre la actora con el fallecido, 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.

Zanjada de esta forma la procedencia de la pensión de jubilación por aportes post mortem, así como de la sustitución pensional a favor de la demandante, es menester, que este Tribunal se pronuncie sobre los puntos materia de alzada, debiéndose abordar en primera medida lo relacionado con la liquidación de la mesada, así como el retroactivo al que tiene derecho la actora.

Ahora bien, en cuanto al monto de la prestación, revisada la historia laboral del afiliado fallecido se observa que aquel cotizó un total de 1.117,86 semanas (fls. 10-15 y 14-25), lo cual evidentemente resultan suficientes a la luz del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, parágrafo 1º, y en este sentido, habrá de liquidarse conforme lo dispuso la norma en cuanto al cálculo del monto:

> "Parágrafo 1°.
>
> (...)
>
> El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez."

Se destaca entonces, que el causante cotizó un total de 1.117 semanas y que el IBL para determinar el referido monto de la pensión de vejez, será el dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años de cotizaciones, por serle más favorable que el de los cotizados durante toda su vida laboral, además de una tasa de reemplazo del 75% al tenor de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, atendiendo que le era aplicable la Ley 71 de 1988 por ser beneficiario del régimen de transición, aspecto que se encuentra fuera de discusión, al encontrase ya dilucidado.

Una vez realizados los cálculos del caso, arrojó un IBL favorable los últimos diez años de cotizaciones, de $1'388.147,14, al cual se le aplica una tasa de remplazo del 75% lo cual arroja una pensión inicial de $1.041.110,36, monto que a su vez debe aplicársele el 80% tal como lo indica el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, para una pensión post mortem de $832.888,29, suma superior a la concedida por el Juez A Quo, por tal motivo la decisión se modificará en tal aspecto.

| PERIODOS (DD/MM/AA) | | SALARIO | SBC | ÍNDICE | ÍNDICE | DÍAS DEL | SALARIO | IBL |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| DESDE | HASTA | COTIZADO | | INICIAL | FINAL | PERIODO | INDEXADO | |
| 21/09/1990 | 31/12/1990 | 85.110,00 | 1 | 8,280000 | 113,982540 | 102 | 1.171.625 | 33.196,04 |
| 01/01/1991 | 31/01/1991 | 85.110,00 | 1 | 10,960000 | 113,982540 | 31 | 885.133 | 7.621,98 |
| 01/02/1991 | 28/02/1991 | 96.600,00 | 1 | 10,960000 | 113,982540 | 28 | 1.004.627 | 7.813,77 |
| 01/03/1991 | 31/05/1991 | 108.090,00 | 1 | 10,960000 | 113,982540 | 92 | 1.124.122 | 28.727,55 |
| 01/06/1991 | 31/12/1991 | 108.991,00 | 1 | 10,960000 | 113,982540 | 214 | 1.133.492 | 67.379,80 |
| 01/01/1992 | 31/01/1992 | 155.524,00 | 1 | 13,900000 | 113,982540 | 31 | 1.275.325 | 10.981,97 |
| 01/02/1992 | 31/05/1992 | 184.839,00 | 1 | 13,900000 | 113,982540 | 121 | 1.515.714 | 50.944,82 |
| 01/06/1992 | 31/12/1992 | 186.366,00 | 1 | 13,900000 | 113,982540 | 214 | 1.528.235 | 90.845,10 |
| 01/01/1993 | 31/01/1993 | 209.784,00 | 1 | 17,400000 | 113,982540 | 31 | 1.374.236 | 11.833,70 |
| 01/02/1993 | 28/02/1993 | 233.201,00 | 1 | 17,400000 | 113,982540 | 28 | 1.527.635 | 11.881,60 |
| 01/03/1993 | 31/03/1993 | 234.476,00 | 1 | 17,400000 | 113,982540 | 31 | 1.535.987 | 13.226,55 |
| 01/04/1993 | 31/12/1993 | 235.113,00 | 1 | 17,400000 | 113,982540 | 275 | 1.540.160 | 117.651,08 |
| 01/01/1994 | 31/01/1994 | 260.975,00 | 1 | 21,330000 | 113,982540 | 31 | 1.394.589 | 12.008,96 |
| 01/02/1994 | 31/05/1994 | 286.838,00 | 1 | 21,330000 | 113,982540 | 120 | 1.532.795 | 51.093,18 |
| 01/06/1994 | 31/12/1994 | 289.170,00 | 1 | 21,330000 | 113,982540 | 214 | 1.545.257 | 91.856,94 |
| 01/01/1995 | 31/01/1995 | 324.724,00 | 1 | 26,150000 | 113,982540 | 30 | 1.415.406 | 11.795,05 |
| 01/02/1995 | 31/05/1995 | 360.278,00 | 1 | 26,150000 | 113,982540 | 120 | 1.570.379 | 52.345,95 |
| 01/06/1995 | 31/12/1995 | 363.183,00 | 1 | 26,150000 | 113,982540 | 210 | 1.583.041 | 92.344,06 |
| 01/01/1996 | 31/05/1996 | 433.859,00 | 1 | 31,240000 | 113,982540 | 150 | 1.582.982 | 65.957,57 |
| 01/06/1996 | 31/12/1996 | 437.330,00 | 1 | 31,240000 | 113,982540 | 210 | 1.595.646 | 93.079,36 |
| 01/01/1997 | 31/05/1997 | 531.925,00 | 1 | 38,000000 | 113,982540 | 150 | 1.595.531 | 66.480,44 |
| 01/06/1997 | 31/12/1997 | 536.146,00 | 1 | 38,000000 | 113,982540 | 210 | 1.608.192 | 93.811,18 |
| 01/01/1998 | 31/05/1998 | 632.654,00 | 1 | 44,720000 | 113,982540 | 150 | 1.612.511 | 67.187,98 |
| 01/06/1998 | 31/12/1998 | 637.635,00 | 1 | 44,720000 | 113,982540 | 210 | 1.625.207 | 94.803,74 |
| 01/01/1999 | 31/05/1999 | 756.873,00 | 1 | 52,180000 | 113,982540 | 150 | 1.653.321 | 68.888,39 |
| 01/06/1999 | 27/06/1999 | 691.830,00 | 1 | 52,180000 | 113,982540 | 27 | 1.511.241 | 11.334,31 |
| 01/05/2008 | 31/01/2009 | 461.500,00 | 1 | 100,000000 | 113,982540 | 270 | 526.029 | 39.452,21 |
| 01/02/2009 | 31/03/2009 | 497.000,00 | 1 | 100,000000 | 113,982540 | 60 | 566.493 | 9.441,55 |
| 01/05/2009 | 31/07/2009 | 497.000,00 | 1 | 100,000000 | 113,982540 | 90 | 566.493 | 14.162,33 |
| | | | | | | | TOTAL | 1.388.147,14 |
| TASA DE REEMPLAZO | | 75% | | | | | PENSIÓN WALTER BEJARANO | $ 1.041.110,36 |
| TASA DE REEMPLAZO | | 80% sobre $1.041.110,36 | | | | | P. SOBREVIVIENTE | $832.888,29 |

Dilucidado lo anterior, y con el ánimo de calcular el retroactivo adeudado se tiene que la prestación deberá ser reconocida al presente año en la suma de $1.104.245, de modo que debe deflactarse al año 2014. En tal medida una vez efectuadas las operaciones de rigor, arrojó una mesada para esa anualidad por un monto de $832.888,29, de tal modo, que calculado el retroactivo desde el 13 de agosto de 2014 hasta el 31 de enero de 2021, sobre 13 mesadas pensionales arrojó la suma de $82.578.024,31:

| RETROACTIVO 13 MESADAS | | | | |
|---|---|---|---|---|
| DESDE | HASTA | No. MESADAS | VALOR MESADA | TOTAL |
| 13/08/2014 | 31/12/2014 | 5.60 | $ 832.888 | $4.664.172.80 |
| 1/01/2015 | 31/12/2015 | 13 | $ 863.371.70 | $ 11.223.832,11 |
| 1/01/2016 | 31/12/2016 | 13 | $ 921.821.96 | $ 11.983.685,54 |
| 1/01/2017 | 31/12/2017 | 13 | $ 974.826.73 | $ 12.672.747,46 |
| 1/01/2018 | 31/12/2018 | 13 | $ 1.014.697.14 | $ 13.193.080,83 |
| 1/01/2019 | 31/12/2019 | 13 | $ 1.046.964,51 | $ 13.612.557,63 |
| 1/01/2020 | 31/12/2020 | 13 | $ 1.086.749,16 | $ 14.129.759,1 |
| 1/01/2021 | 31/01/2021 | 1 | $ 1.104.245,82 | $ 1.104.245,82 |
| | | | TOTAL | $82.578.024,31 |

En cuanto a la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES, se observan documentales allegadas al proceso como actos administrativos que negaron la prestación de sobrevivientes, esto es, las resoluciones GNR 137921 del 12 de mayo de 2015, GNR 304352 del 13 de octubre de 2016 y SUB8143 del 15 de marzo de 2017 (fls. 28-29, 31-35, 44-48); por lo que en los términos del art. 151 del CPT y SS, debe decirse que al tratarse de una prestación periódica, respecto a la primera reclamación la actora contaba con tres años para presentar la acción judicial, una vez agotó los recursos administrativos el 15 de marzo de 2017, y teniendo en cuenta que la presentación de la demanda data del 4 de julio de 2018 (fl. 59), esto es, antes del trienio prescriptivo, dicha excepción no prospera.

De otro lado, con el ánimo de resolver la controversia planteada en cuanto al número de mesadas a recibir por la demandante, debe recordarse que la 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» (negrillas y subrayas de la Sala).

En este entendido, resulta claro que la demandante no tiene derecho al pago de la mesada 14 adicional, como quiera que su derecho al reconocimiento de pensión de sobrevivientes, se dio hasta el 13 de agosto de 2014, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que igualmente, se confirmará lo atinente a este punto de la alzada.

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 $6.221.572, los cuales deberán ser debidamente indexados al momento de hacerse efectivo, tal como lo ha considerado la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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.

Por lo expuesto, se modificará el ordinal primero, se adicionará el ordinal tercero, igualmente se adicionará la decisión en lo atinente a los descuentos por los aportes al sistema de seguridad social en salud, y se confirmarán los demás puntos de la sentencia. 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 apelada, en el sentido de indicar que la mesada inicial de la Señora ANA ROSA PARDO HERRERA, corresponde a la suma de OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MIL

OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS ($832.888), que actualizada al año 2021, asciende a la suma de UN MILLÓN CIENTO CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON OCHENTA Y DOS CENTAVOS ($1.104.245,82), en lo demás se confirma.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal tercero de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de indicar que el retroactivo pensional causado entre el 13 de agosto de 2014 y el 31 de enero de 2021, asciende a la suma de OCHENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL VEINTICUATRO PESOS CON TREINTA Y UN CENTAVOS ($82.578.024,31), sin perjuicio del que se siga causando, y hasta la fecha en que sea incluida en nómina. Suma que deberá ser indexada al momento de su pago. Se confirma el ordinal en todo lo demás.

TERCERO: 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.

CUARTO: CONFIRMAR los demás ordinales de la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

QUINTO: 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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por SONIA CASTILLO BALLEN contra COLPENSIONES y AFP COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-009-2019-00206-01.

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 de COLPENSIONES respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de septiembre de 2020.

## ANTECEDENTES

La señora SONIA CASTILLO BALLEN promovió demanda ordinaria en la que pretende que se declare que la AFP COLFONDOS incumplió su deber legal de brindar información veraz, oportuna, pertinente y objetiva, en consecuencia, que se declare la nulidad e ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD al Régimen de Ahorro Individual-RAIS, 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, incluyendo rendimientos, bonos y/o títulos pensionales; se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación en pensión y a recibir dichos aportes; a lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó haber nacido el 20 de noviembre de 1962, e inicio sus aportes a pensión en el RPMPD desde el 01 de marzo de 1995 hasta el 05 de febrero de 1999, fecha en la cual se trasladó al RAIS en la AFP COLFONDOS, luego de que un funcionario de dicha AFP le manifestó que lo mejor para su futuro pensional era afiliarse a un fondo privado porque se rumoraba la

insolvencia del ISS. Asimismo, expuso que la AFP COLFONDOS y el ISS, hoy COLPENSIONES omitieron brindarle una información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen y la forma en que el mismo impactaría su mesada pensional, por lo tanto, no tuvo la posibilidad de decidir informada y conscientemente. De la misma manera, adujo que el 23 de octubre de 2018 le solicitó a COLPENSIONES que reactivara su afiliación, en tanto existió un vicio en el consentimiento en el traslado al RAIS y el 30 de octubre de 2018 le solicitó a la AFP COLFONDOS que procediera a anular dicho traslado. COLPENSIONES respondió su petición indicando cuáles eran los casos en los que procedía el traslado de régimen pensional, mientras que la AFP COLFONDOS replicó que no podía acceder a su solicitud. Que, a su vez, por petición suya, la AFP COLFONDOS le informó que su mesada pensional sería de $781.242, no obstante, de acuerdo con la firma ADDECO SAS, su ingreso base de cotización es de $7.352.494, por ello la pensión que le habría correspondido en COLPENSIONES equivaldría aproximadamente a $4.561.325 (Fls. 54 a 63).

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que brindo una asesoría integral sobre las implicaciones del traslado de régimen a la demandante, también manifestó que en el proceso no se acreditó ningún vicio en el consentimiento, a saber, error, fuerza o dolo en la afiliación a dicha administradora privada, por lo cual fue válida y no procede la declaratoria de nulidad. Aunado a ello, indicó que la accionante elevó solicitud de traslado contando con 56 años cumplidos, encontrándose inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 literal e) de la ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «no existe prueba de causal de nulidad alguna», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «buena fe», «compensación y pago», «saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación», «innominada o genérica», «ausencia de vicios en el consentimiento», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero» y «nadie puede ir en contra de sus propios actos» (Fls. 101 a 123).

Por su parte, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando para tal efecto, que la demandante se afilió válidamente a la AFP COLFONDOS como se demostró con el formulario de afiliación que suscribió, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad. Aunado a ello, indicó que la accionante elevó solicitud de traslado cuando se encontraba inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 literal e) de la ley 797 de 2003. Formuló como excepciones de fondo las de

«cobro de lo no debido», «prescripción», «falta de causa para demandar», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «buena fe en las actuaciones de Colpensiones», «inexistencia de la obligación», «inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005», «el hecho de un tercero», «calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado» e «innominada o genérica» (Fls. 127 a 137).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante SONIA CASTILLO BALLÉN del RPMPD al RAIS a través de COLFONDOS el 05 de febrero de 1999. Ordenó a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos financieros y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante sin deducción de gastos de administración o seguros de invalidez y sobrevivencia, del mismo modo ordenó a COLPENSIONES reactivar su afiliación, y a recibir los referidos dineros; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y condenó a pagar las costas a COLFONDOS S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que en concordancia con la jurisprudencia laboral y el Código General del Proceso, en tratándose de negaciones indefinidas como la afirmación del afiliado de que no recibió la información suficiente, la carga de la prueba le corresponde a la AFP, en ese sentido, concluyó que la AFP no logró demostrar que le había suministrado a la demandante la información completa y veraz, pues el formulario de afiliación no es prueba suficiente para dar por verificado el deber de información. Frente a la excepción de prescripción alegada por las demandadas, enunció que en virtud del artículo 48 de la Constitución Política el derecho a la seguridad social es irrenunciable, en consecuencia, en asuntos como el de esta litis, el ejercicio de la acción no cuenta con un límite temporal por estar ligada al derecho pensional 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, la demandante presentó alegaciones indicando que la AFP COLFONDOS no logró demostrar que había cumplido con su deber de brindar información clara, veraz y oportuna a la demandante, por ende, solicitó se confirme la sentencia de primera instancia. COLPENSIONES por su parte, solicitó que se revoque la decisión; mientras que 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 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 y STL3187 de 2020, rad. 58450, 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 03 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 20 de noviembre de 1962, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su

[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".

traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante la petición elevada ante COLFONDOS el 30 de octubre de 2018 (fls. 40 y 43) y a COLPENSIONES el 23 de octubre de 2018 (fls 41 y 46), es decir, un año antes de alcanzar la edad exigida 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, ni siquiera estaba afiliada al sistema general de seguridad social de pensión, en la medida en que comenzó a cotizar al sistema de pensiones a partir del 01 de marzo de 1995 (fls. 25, 142), 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 05 de febrero de 1999 (Fls. 24 y 45), 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 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 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 a el 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 al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones o requisitos 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), 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.

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 (05 de febrero de 1.999, fl. 24), 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, 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 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 el 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, queda resuelta 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

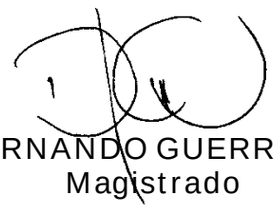
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

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

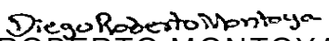
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por DIANA MARIA MUÑOZ RHENALS contra COLPENSIONES, AFP´S COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-022-2018-00256-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación incoados por las partes, 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 judiciales de la parte accionada COLPENSIONES y COLFONDOS S.A, contra la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de septiembre 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 DIANA MARIA MUÑOZ RHENALS promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare que la AFP COLFONDOS incumplió su deber legal de brindar información veraz, oportuna, pertinente y objetiva, en consecuencia, que se declare la nulidad e ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD al Régimen de Ahorro Individual-RAIS, 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, incluyendo rendimientos, bonos y/o títulos pensionales; se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación en pensión y a recibir dichos aportes; a lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 30 de junio de 1960, e inicio sus aportes a pensión en el RPMPD en cabeza de CAJANAL el 24 de febrero de 1988 hasta noviembre de 1994, fecha para la cual se trasladó al RAIS en la

AFP COLFONDOS, luego de que un funcionario de la AFP COLFONDOS se acercó a su lugar de trabajo, le manifestó que lo mejor para su futuro pensional era afiliarse a dicha AFP porque se rumoraba la insolvencia del ISS y allí se pensionaría con una mesada inferior a la que tendría en el fondo privado. Asimismo, expuso que la AFP COLFONDOS omitió brindarle una información oportuna, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen y la forma en que el mismo impactaría su mesada pensional, así como tampoco le dio a conocer una proyección sobre el monto de su pensión en cada régimen. A su vez, adujo que por petición suya la AFP COLFONDOS le informó que su mesada pensional sería de $1.653.180, no obstante, de acuerdo con la firma ADDECO SAS, su ingreso base de liquidación sería de $4.779.984, por ello la pensión que le habría correspondido en COLPENSIONES equivaldría aproximadamente a $3.334.531. Finalmente, expresó que el 07 de noviembre de 2017 elevó solicitud ante COLPENSIONES para que reactivara su afiliación, en tanto existió un vicio en su consentimiento en el traslado al RAIS y el 02 de noviembre de 2017 solicitó a la AFP COLFONDOS que procediera a anular dicho traslado, empero, ambas entidades respondieron negando la solicitud por ser improcedentes (Fls. 82 a 91).

## 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 la demandante se afilió libre y voluntariamente a la AFP COLFONDOS S.A. y por eso suscribió el formulario de afiliación. Aunado a ello, indicó que la accionante no allegó prueba alguna para acreditar que la AFP la hizo incurrir en un error o que su consentimiento estaba viciado. Formuló como excepciones de fondo las de «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. 146 a 170).

Por su parte, COLFONDOS S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, no omitió su deber de dar información ya que actuó de acuerdo a la ley, que en señal de ello la demandante suscribió libremente el formulario de afiliación, sin que existiera ningún vicio en el consentimiento. Formuló como excepciones de fondo las de «validez de la afiliación al RAIS con COLFONDOS», «buena fe», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad de la afiliación», «inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho», «innominada o genérica» (Fls. 108 a 115).

De otro lado, mediante auto del 30 de julio de 2019, el Juzgado de conocimiento ordeno vincular al contradictorio a la AFP PORVENIR S.A (FL. 183), entidad que una vez notificada, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que cumplió con el deber de brindar la información suficiente a la demandante sobre las ventajas, desventajas, características de cada régimen pensional, que símbolo de ello es el formulario de afiliación que aquella suscribió de forma libre y voluntaria. Agregó que no hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la accionante, en razón a que la misma no acreditó ningún vicio en el consentimiento, contrario sensu, su conducta al realizar varios traslados horizontales en el RAIS, demostraba que aquella conocía y estaba conforme con las características de ese régimen. 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», «buena fe» (Fls. 223 a 242).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 18 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante DIANA MARIA MUÑOZ RHENALS al RAIS el 13 de octubre de 1994, incluidos los traslados efectuados dentro del mismo régimen. Ordenó a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. ORDENÓ a COLFONDOS y a PORVENIR S.A. a remitir a COLPENSIONES los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que la jurisprudencia de la CSJ SL demarcó una línea de decisión clara, entorno a que si bien es cierto el deber de información ha evolucionado a lo largo del tiempo, no es dable perder de vista que dicha obligación a estado en cabeza de las AFP desde su nacimiento. Agregó, que el deber de dar información encuentra asidero en medio de una relación asimétrica, es decir, de un lado, la AFP que tiene experiencia y conocimiento en el campo del sistema general de pensiones, y en el otro, una persona del común que no goza de la misma experticia y conocimiento, siendo así, las AFP deben procurar con gran profesionalismo y compromiso que los afiliados realmente comprendan los beneficios, desventajas, riesgos y características de cada régimen pensional. En ese orden de ideas, agregó que la carga de la prueba le corresponde a la AFP, sin embargo, la AFP COLFONDOS no logró demostrar que le había suministrado a la demandante la

información completa, veraz y oportuna, pues ni siquiera intentó acreditar que sus asesores estaban bien capacitados para dar información a los usuarios, ni que la compañía tenía una política sobre la forma en la que deben brindar la asesoría, sino que, se atuvo al formulario de afiliación, documento, que no era prueba suficiente para dar por verificado el deber de información.

RECURSOS DE APELACION

El apoderado judicial de la AFP COLFONDOS S.A., apeló la decisión, precisando que no es procedente ordenar el reintegro de los gastos de administración porque se trata de una comisión que su representada adquirió lícitamente por la administración del capital de la demandante, aunado a que según el artículo 1746 del Código Civil las restituciones mutuas consisten hacer la devolución correspondiente incluyendo capital y los rendimientos, sin que se indique nada o se haya hecho un análisis o solicitud por la parte actora, ni tampoco dentro del presente proceso en relación con los gastos de administración, los cuales no se adecuan ni existe análisis en sede de primera instancia. Añadió, tampoco se han tenido en cuenta los antecedentes jurisprudenciales, pues la demandante no se encuentra dentro de los mismos supuestos fácticos en los que la CSJ SL ha declarado la ineficacia, esto es, que la demandante no sufrió un daño a una expectativa legitima de su derecho pensional.

El apoderado judicial de PORVENIR S.A, apeló la decisión de forma parcial, en relación el reintegro de los gastos de administración porque se trata de una comisión que su representada adquirió por orden de la Ley 100 de 1993, que la devolución de los mismos causará un perjuicio injustificado en el sentido de que la AFP ya no tiene en su poder esos dineros porque los invirtió en seguros para cubrir la muerte y vejez de la demandante, y para gestionar el capital en aras de que produjeran rendimientos financieros; añadiendo que el traslado a esa AFP fue libre y voluntaria, advirtiendo que se deben respetar las restituciones mutuas, además que en el proceso no se solicitó la devolución de los gastos de administración y que no fue motivo de sustento en el fallo, motivo por el cual solicita se le absuelva de tal condena.

La apoderada de COLPENSIONES, apeló la decisión arguyendo que, al momento de la suscripción del formulario de afiliación y los demás traslados, advirtiendo que la única obligación era la simple aceptación espontánea, libre y expresa del afiliado para trasladarse de régimen, lo cual se demostró con la firma de la actora, por lo que a su juicio debe aplicarse la normatividad vigente para esa fecha. También, adujo que la demandante no probó el error, fuerza o dolo, que no ejerció el derecho de retracto lo cual ratifica su voluntad de permanecer en el RAIS y que no ejerció la acción dentro de los 4 años siguientes a la afiliación, de conformidad con el artículo 1750 del Código

Civil. Adicionalmente, replicó que la accionante está a menos de 10 años para pensionarse y que su eventual traslado afectaría el principio de sostenibilidad financiera pues tendría que destinar parte de los recursos del fondo común, que son para quienes efectivamente cumplan con los requisitos de la modalidad pensional. Asimismo, indicó que la demandante al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, no contaba con las 750 semanas requeridas para ser acreedora del régimen de transición, es decir, que no tenía expectativa legítima por lo cual no se está afectando su derecho pensional, añadiendo que no se probó el engaño o falta de información por parte de las AFP, por lo cual no es dable acceder a las pretensiones de la demanda.

## 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 y STL3187 de 2020, rad. 58450, 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 03 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 30 de junio de 1960, por lo que cumplió 57 años la el mismo día y mes del 2017, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLFONDOS y a COLPENSIONES el 02 de noviembre de 2017 (fls. 61 a 64), es decir cuando ya había alcanzado la edad exigida 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 318 semanas cotizadas a CAJANAL, equivalentes a 6 años, 1 mes y 6 días (fls. 26 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 13 de octubre de 1994 (Fl. 128), 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 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

[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".

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 COLFONDOS 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. 128), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS 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 COLFONDOS 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 COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (13 de octubre de 1994, fl. 128), 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 otra parte, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a CAJANAL como se puede leer a folio 26, basta con indicar que con la

entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende que al estar afiliada a dicha Caja de Previsión Social, después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993) continuó afiliada al régimen de prima media con prestación definida, pues nótese que sus aportes en pensiones se realizaron a tal caja hasta julio de 1994 (fl.26), 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 de la 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 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

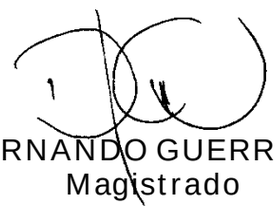
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ROSALBA ROJAS PIMIENTO contra COLPENSIONES Y OTROS Rad. 10013105-039-2019-00163-01.

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 apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES

La señora ROSALBA ROJAS PIMIENTO, promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare que las demandadas PROTECCIÓN, COLFONDOS y OLD MUTUAL la asesoraron equivocadamente al afiliarla a esas entidades y sobre la posibilidad retornar al ISS; en consecuencia, que se declare la nulidad del traslado efectuado con la AFP PROTECCIÓN, y por tanto, se ordene por parte de OLD MUTUAL el traslado a COLPENSIONES, junto con los aportes, rendimiento y semanas cotizadas en dicha entidad, para que sea esta quien defina su solicitud pensional aceptar el traslado, ordenándose a COLPENSIONES aceptar el traslado. Finalmente, se condene a las demandadas a lo ultra y extra petita y a pagar las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el 12 de septiembre de 1971, que empezó sus cotizaciones a pensión en el RPMPD en el que acumuló 151 semanas cotizadas hasta el 01 de julio de 1994, fecha para la cual se trasladó al RAIS por medio de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., añadió que una vez vincula al RAIS efectuó varios traslados, así, el 01 de julio de 1998 se afilió a la AFP

COLFONDOS, luego, el 01 de septiembre de 2006 se vinculó a la AFP OLD MUTUAL, posteriormente, el 01 de julio de 2009 regresó a la AFP COLFONDOS y el 01 de julio de 2011 retornó a la AFP OLD MUTUAL. La accionante aseveró que tanto el traslado del régimen de 1994, como los diferentes traslados dentro del RAIS fueron motivados por una información incompleta por parte de los asesores de las AFP demandadas, quienes se limitaron a mencionar la inevitable liquidación del ISS y que su mesada pensional sería más alta en los fondos privados. Asimismo, relató que el 03 de marzo de 2017 la AFP OLD MUTUAL le brindó una asesoría en la que le aconsejaron quedarse en el RAIS porque su pensión allí sería de $3.452.766, más no le informó de cuánto sería su mesada pensional en el RPMPD, sino hasta el 16 de noviembre de 2018 cuando la AFP da respuesta a su solicitud de cálculo actuarial y de de acuerdo a ello, su pensión en el RAIS sería de $3.108.495, mientras que en COLPENSIONES ascendería a los $7.100.000. Por último aclaró que solicitó el traslado de régimen ante COLPENSIONES, no obstante el 15 de enero de 2019 la entidad rechazó su pedimento (Fls. 1 a 16).

## CONTESTACIONES 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 se afilió válidamente a la AFP PROTECCIÓN S.A. y no acreditó ningún vicio en el consentimiento, verbigracia, error, fuerza o dolo en el traslado de régimen, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad. Aunado a ello, indicó que la accionante elevó solicitud de traslado cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión, encontrándose inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 literal e) de la ley 797 de 2003. Igualmente, señaló que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Propuso 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. 136 a 154).

Por su parte la demandada OLD MUTUAL-SKANDIA S.A., hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, arguyendo para tal efecto que el acto de afiliación es válido, conforme a los parámetros legales vigentes al momento de la vinculación, exento de vicios del consentimiento, por cuanto no existió omisión alguna a la hora de brindar información a la demandante, igualmente, afirmó que el traslado obedece a la voluntad libre y espontánea de aquella, mediada por un acuerdo de voluntades según el artículo 1495 del Código Civil y el Decreto 1642 de 1995. Propuso

como excepciones de fondo las de «buena fe», «genérica», «prescripción» y «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» (Fls. 159 a 165).

La entidad también demandada COLFONDOS S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, manifestando que el acto de afiliación es válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, efectuándose el traslado de la demandante de manera libre y espontánea conforme a lo preceptuado en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Asimismo, advirtió que no es procedente dejar sin efectos jurídicos un acto que nació válidamente a la vida jurídica hace más de 20 años, dado que la demandante no regresó al RPMPD dentro de la oportunidad permitida por la ley. Propuso 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» (Fls. 227 a 240).

A su turno PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones en su contra, replicando para tal efecto que brindó a la demandante una información clara, suficiente y oportuna sobre el RAIS y sus diferencias con el RPMPD, por consiguiente, afirmó que la demandante tomó una decisión informada, consciente y sin presiones, señal de ellos es que suscribió el formulario de vinculación y traslado al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación y la 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 se afecta derechos de terceros de buena fe», «reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa» y «traslado de aportes» (Fls. 254 a 267).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de agosto de 2020, denegó las pretensiones de la demanda en contra de COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL S.A. y COLPENSIONES y condenó en costas a la demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, manifestó que la jurisprudencia de la CSJ SL ha reiterado que es deber de las AFP suministrar información, clara, integral, objetiva y comprensible sobre las ventajas, desventajas y riesgos del traslado de régimen, no solo

al momento de la afiliación sino también, cuando legalmente el afiliado no puede hacer más traslados entre regímenes. En tal medida, indicó que en presente caso, la AFP OLD MUTUAL cumplió con el deber de brindar la información suficiente y oportuna a la demandante, en razón a que la asesoría del 03 de marzo de 2017 tuvo lugar un año antes de que se venciera el término legal para trasladarse del RAIS al RPMPD, es decir, con anterioridad a que la actora cumpliera los 47 años, así como también le dio a conocer de forma escrita su deber de solicitar una asesoría a COLPENSIONES si quería efectuar el cambio de régimen, recomendación que la demandante pasó por alto, configurando, a juicio de la falladora una negligencia de su parte, e igualmente afirmó que se debe aplicar la ley en el sentido de que la demandante tenía 12 meses para acudir a la doble asesoría en COLPENSIONES, empero al no hacerlo se entendió que desistió de su deseo de trasladarse de régimen. De otro lado, señaló que las AFP tienen la carga de la prueba porque son las que se encuentran en mejor posición de desvirtuar el supuesto negativo del afiliado que arguye no haber recibido la información clara, oportuna y suficiente, obligación que a su parecer cumplieron las demandadas porque hicieron uso del interrogatorio de parte controvirtiendo a la demandante en el momento procesal correspondiente y allegaron la documental pertinente. De otro lado, también aseveró que la demandante no acreditó que el documento escrito a mano alzada relacionado con una comparación de regímenes provenía del asesor de la AFP OLD MUTUAL y que sin la acreditación de ese documento no se puede hablar de que hubo un engaño por parte de la AFP OLD MUTUAL, en consecuencia, concluyó que, no había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen de 1994, ni de las afiliaciones siguientes dentro del RAIS.

## RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la parte demandante inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque en su totalidad el fallo de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, manifestando para tal efecto que dentro del desarrollo jurisprudencial del deber de asesoría se ha entendido que las AFP deben esmerarse por dar a conocer a sus afiliados de forma completa y objetiva las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen, siendo así que el asesor que atendió a su representada el 03 de marzo de 2017, tenía el deber de incluso animarla a realizar el traslado de régimen o tan siquiera a acudir ante COLPENSIONES para solicitar una doble asesoría, dado que estaban en juego los derechos pensionales de la accionante. También señaló que lo que la juez de primera instancia denominó negligencia, no es más que la confianza legitima que su poderdante confirió al asesor de OLD MUTUAL, al creerle que su mesada en el fondo privado sería superior a la que recibía en el RPMPD, contrario sensu, la demandante cuidó de su futuro pensional acudiendo a que le dieran la asesoría y buscando los mejores rendimientos para su pensión. Finalizó argumentando, que no es dable trasladar un perjuicio a la demandante por la omisión de las demandadas, pues es

su deber brindar una asesoría completa y objetiva sin anteponer sus intereses a los de los afiliados.

## 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 presentó sus alegatos de conclusión, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron 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 que 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 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 17 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 12 de septiembre de 1971, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2028, procediendo a solicitar su traslado a COLPENSIONES el 15 de enero de 2019 (Fls. 52-53), 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 219 semanas de cotización aproximadamente (fl. 35 a 42), 2 años, 9 mes y 23 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, 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 21 de junio de 1994 (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 de régimen, 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.

[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".

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, 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 ese 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 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 COLMENA, hoy 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. 21), plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. esto 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 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), hubiese sido informada en los términos expuestos, por el contrario, indicó que recibió información parcializada sobre el RAIS.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCCIÓN S.A., antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen, 21 de junio de 1994 (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 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 es para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la parte actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, lo que además, se insiste, apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral lo tiene decantado (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 OLD MUTUAL brindó una asesoría antes de que la demandante cumpliera los 47 años de edad, esto es, 23 años después del traslado de RPMPD al RAIS, ello no subsana la deficiencia en la información inicial que es lo que se reclama en estos juicios.

En ese orden, 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 OLD MUTUAL S.A., por ser la AFP a la que se encuentra actualmente vinculada la demandante, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por la accionante, junto con sus rendimientos, e incluso 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 y ante la prosperidad de la pretensión principal se abstiene la Sala de estudiar la subsidiaria. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primera instancia correrán a cargo de las accionadas OLD MUTUAL S.A. y PROTECCIÓN 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 la señora ROSALBA ROJAS PIMIENTA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, ante la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. el 21 de junio de 1994; y como consecuencia de ello, se ordena a OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, entidad donde se encuentra afiliada actualmente la accionante, 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.

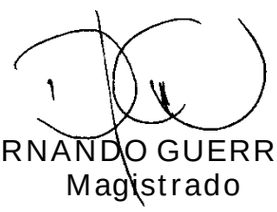
SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de las accionadas PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL 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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JAVIER FRANCISCO HERRAN MONEDERO contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-021-2019-00483-01

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 los apoderados judiciales de la parte accionada COLPENSIONES y PORVENIR S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de septiembre 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 JAVIER FRANCISCO HERRAN MONEDERO promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare que existió un vicio en su consentimiento al momento de firmar el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR por medio del cual se efectúo el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD al Régimen de Ahorro Individual-RAIS, por tanto, se declare la nulidad del acto, solicitud o formulario a través del cual se realizó el traslado RPMPD al RAIS el 24 de junio de 1997, que se declare que nunca ha dejado de pertenecer al RPMPD administrado por COLPENSIONES. En consecuencia, se CONDENE a la AFP PORVENIR S.A. realizar el traslado de la totalidad de los aportes que se encuentren en su cuenta individual, junto con los rendimientos financieros y el bono pensional a COLPENSIONES, entidad que deberá recibirlos; lo anterior, más la condena en costas, así como lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 28 de agosto de 1964, que estuvo afiliado al ISS desde el 01 de junio de 1986 hasta el 31 de julio de 1997, fecha para la cual se trasladó del RPMPD a la AFP privada PORVENIR; indicando que el 24 de junio de 1997 un promotor de la administradora privada realizó su afiliación, luego de brindarle una asesoría que no incluyó la explicación de las características de los dos regímenes pensionales, ni los factores que dan origen al derecho pensional en cada uno de ellos, ni las probabilidades de pensionarse en el RPMPD y en el RAIS, ni la proyección del monto pensional que recibiría en uno y otro régimen. Manifestó, que el 25 de junio de 2019 le solicitó a COLPENSIONES que reactivara su afiliación, no obstante, la AFP rechazó su pedimento por estar a menos de 10 años de cumplir con los requisitos para pensionarse. Además, expuso que según la historia laboral expedida por la AFP PORVENIR para el 26 de junio de 2019 tenía ahorrado en su cuenta individual $214.322.743 y 1.119 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones. Asimismo, adujo que la AFP PORVENIR le informó que tendría una mesada pensional de $1.256.800 a los 62 años, con 1.488 semanas cotizadas y una tasa de remplazo del 144.23%, mientras que su pensión en el RPMPD sería de $2.287.233, con una tasa de reemplazo del 67.97% del IBL. (Fls. 4 a 34).

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, en la demanda no se aportó prueba alguna que permitiera inferir que existió un vicio en el consentimiento al momento de firmar el formulario de afiliación, aunado a que en dicho documento no hay observación sobre constreñimientos o presiones indebidas que llevaran al demandante a suscribir la afiliación. De otro lado, afirmó que el accionante no reúne los requisitos para regresar al régimen de prima media con prestación definida, pues no está amparado por el régimen de transición, en consecuencia, debió solicitar su traslado cuando le faltaban más de 10 años para alcanzar la edad de pensión. Presentó como excepciones de fondo las de «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «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. 69 a 86).

La AFP PORVENIR, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando para tal efecto que, la afiliación del accionante fue libre espontánea, sin presiones, con el lleno de los requisitos de ley y

que esto lo ratificó al no retornar al RPMPD en la oportunidad permitida, aun cuando en el 2014 publicó en el diario El Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad de los afiliados de trasladarse entre regímenes. Explicó que no es procedente la declaratoria de nulidad pues el actor no acreditó ninguna de las eventualidades para tal efecto. Finalmente, expuso que el demandante no puede regresar al RPMPD, en tanto no es beneficiario del régimen de transición y se encuentra inmerso en la prohibición del artículo 2 literal e) de la ley 797 de 2003. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «genérica» (Fl. 113 a 132).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 30 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el accionante al RAIS por medio de la AFP PORVENIR el 26 de junio de 1997 con fecha de efectividad a partir del 1 de agosto de 1997, lo declaró válidamente vinculado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD-, administrado por COLPENSIONES; como consecuencia de ello, condenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, dineros destinados a garantizar una pensión mínima y gastos de administración, para lo cual fijó el término de un mes. Condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el RPMPD y condenó en costas a la AFP PORVENIR.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que en concordancia con la jurisprudencia de la CSJ SL se presume válido el traslado de RPMPD al RAIS sólo si la voluntad del afiliado estuvo precedida por una asesoría clara, veraz y oportuna por parte de la AFP, cuyo hecho debe ser demostrado por dicha aseguradora y en tratándose de una negación indefinida que no puede ser probada por quien la alega, es decir, el afiliado. En tal sentido, aseveró que la AFP PORVENIR no logró demostrar que había cumplido con su deber de información, en el sentido de que el formulario de afiliación no constituye prueba suficiente para dar por verificada esa obligación a cargo de ella. Del mismo modo, se pronunció sobre el acervo probatorio asegurando que en el interrogatorio de parte rendido por el demandante, aquel aseguró no recordar haber recibido la información clara, veraz y oportuna que le permitiera decidir sobre su traslado al RAIS de forma libre e informada; que la publicación en el periódico que realizó la AFP PORVENIR no prueba que se le haya brindado al demandante una asesoría integral sobre los riesgos, ventajas y desventajas de cada régimen pensional; que la parte accionada no allegó al proceso un certificado de recibido del correo electrónico que le envió al demandante al cumplir los 52 años con el fin de brindarle

una asesoría personalizada sobre lo más conveniente para su futuro pensional y aun así, en dicha comunicación no se evidencia que la AFP haya brindado la información clara, veraz y sobre todo oportuna a la que tenía derecho el afiliado. Por demás, argumentó que no es dable afirmar que para el momento del traslado de régimen del demandante, a la AFP PORVENIR no le era oponible el deber de brindar información, puesto que en virtud del profesionalismo que están obligadas a demostrar en desarrollo de sus actividades asociadas al sector financiero y a la seguridad social, la AFP debió haberle suministrado al demandante una información completa, transparente e integral sobre las implicaciones, crecimientos, condiciones y proyección del futuro de su pensión de vejez entre ambos regímenes.

## RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la AFP PORVENIR apeló la decisión, precisando que, a su juicio, no se solicitó la ineficacia, sino la nulidad, y que en todo caso ella no se configuró por la falta de información, pues la norma ha previsto que para tal efecto deben existir actos que atenten contra la afiliación del trabajador, conducta que no se acreditó en el presente caso. Indicó que, dentro del interrogatorio de parte, el accionante confesó haber firmado el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, de modo que la suscripción de dicho documento no estuvo precedida de error, fuerza o dolo, además que éste no se preocupó por su futuro pensional. Aunado a lo anterior, arguye que no está de acuerdo con la a quo al indicar que el expediente está huérfano de pruebas, pues debe tenerse en cuenta el formulario de afiliación, documento, que es público, que se presume auténtico, que cumple con las disposiciones previstas en la Ley 100 de 1993 y que para el año de la afiliación del demandante, esto es, 1997 era el único requisito exigido por la ley para que dicho acto jurídico tuviera validez, puesto que el deber de información a cargo de las AFP surgió con posterioridad. Adicionalmente, a su juicio es un hecho objetivamente demostrable que durante el tiempo que el actor ha permanecido cotizando mes a mes en esa administradora, ha ratificado su voluntad de continuar en el RAIS, argumentando igualmente que no es dable admitir automáticamente la nulidad del traslado, pues el demandante no es beneficiario del régimen de transición, es decir, que el presente litigio tiene supuestos fácticos diferentes a los casos en los que la H. CSJ SL ha declarado la nulidad del traslado. De otro lado, afirmó que, en concordancia con los salvamentos de voto de magistrados de la CSJ SL, tampoco puede decretarse de manera indiscriminada la ineficacia del traslado porque se crearía un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto que la elección del sistema pensional está en cabeza del afiliado y es deber de aquel informarse acerca de los distintos regímenes. Por último, agregó que por el hecho de que el afiliado está inmerso en la prohibición de traslado por un lado

para prever la descapitalización financiera del RPMPD y por el principio de estabilidad financiera del RAIS, por lo que no es admisible que el afiliado por estar conforme con su plan de pensión, no es posible tampoco, admitir la ineficacia. Solicitó igualmente se revise lo relacionado con la devolución de gastos de administración, por cuanto los únicos valores que se deben retornar son los dispuestos por el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, que no habla de los mismos, sino de los aportes y rendimientos de los mismo.

La apoderada de COLPENSIONES, apeló la decisión arguyendo que, al momento de la suscripción del formulario de afiliación, la única obligación era la simple aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, lo que se demostró con la firma del mismo por parte del accionante, por lo que debe verse la normatividad vigente para la fecha pues no es razonable imponer a las administradoras un deber de información que surgió con posterioridad. Indicó con relación a la carga de prueba, que no resulta admisible la interpretación dada, en la medida que resulta ilógica, toda vez todas las cagas probatorias recaen en el fondo privado, sin que existe un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante, quien por demás suscribió el formulario de afiliación sin presiones, siendo ese el único requisito exigible para la época. Adicionalmente, adujo que el accionante no es beneficiario del régimen de transición y tampoco tenía una expectativa real sobre su derecho a la pensión para regresar al RPMPD en cualquier tiempo. Además, está a menos de 10 años para pensionarse y su eventual traslado afectaría el principio de sostenibilidad financiera pues tendría que destinar parte de sus recursos del fondo común, que son para quienes efectivamente cumplan con los requisitos de la modalidad pensional, ya que las devoluciones que se hagan no son suficientes para soportar las cotizaciones del demandante, obteniéndose así un beneficio indebido contrario a la movilidad entre regímenes, escenario que no es el objeto de protección y el alcance de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia. Por lo demás, solicita que en caso de que se mantenga la sentencia de primera instancia, se condicione el cumplimiento de la misma, toda vez que COLPESIONES no podrá hacer efectiva la aceptación del traslado en tanto PORVENIR no haga los traslados de los montos depositados en la cuenta del demandante. De otro lado, solicitó no ser condenada en costas, en tanto COLPENSIONES es un tercero y las consecuencias del negocio deben afectar a las partes, por lo que no puede acarreársele un perjuicio a esta entidad.

## 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 expresados en la alzada, solicitando que se revoque la decisión y se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. De la misma manera, la demandante presentó alegaciones de conclusión, solicitando que se confirme la decisión de primera instancia.

## 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 45 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como su fecha de nacimiento el 26 de agosto de 1964, por lo que la edad de 62 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2026, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 25 de junio de 2019 (fls. 54 y 62), 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 para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas contaba con 244 semanas de cotización aproximadas, equivalentes a 4 años, 8 meses y 3 días (CD fl. 91), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para

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 24 de junio de 1.997 (Fls. 46), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP 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

[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".

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 que brindó la información a cada afiliado al momento de la vinculación, 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 allegar, 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 la AFP 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 el 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 el demandante, 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 de régimen pensional (fol. 46), 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 AFP 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 juicios), 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 (24 de junio de 1997, fl. 46), 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 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 ni las primas de seguros, los cuales, deben ser 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 financiera o que haya riesgo de descapitalización, 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, 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 generado, así como los seguros previsionales, los cuales asumen las cargas del 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 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. Por lo anterior, no es dable acceder tampoco a adicionar la decisión de primer grado, como quiera que allí se ordenó la referida devolución para que COLPENSIONES tenga como afiliada a la actora.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante sea o no beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios 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 al 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

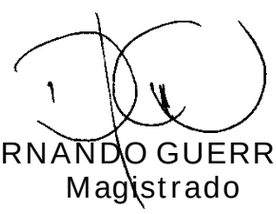
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

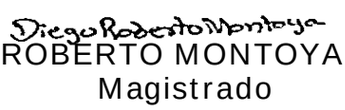
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MERCEDES SANCHÉZ LOPÉZ contra COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A. Rad. 110013105-019-2017-00354-02.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación incoados por las partes, 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 judiciales de las partes procesales contra la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de septiembre 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 MERCEDES SANCHEZ LOPEZ, pretende se declare que su vinculación en el RAIS es ineficaz y carece de efecto y en su lugar se declare que mantiene su régimen de transición de la Ley 100 de 1993 bajo el RPMPD, se ordene trasladar los aportes de la pensión efectuados al RAIS y a favor de COLPENSIONES con sus rendimientos, se declare que COLPENSIONES es quien debe de reconocer y pagar su pensión, se declare que su retiro pensional fue desde 18 de diciembre de 2013, por lo anterior se declare que tiene derecho a la pensión de vejez acorde al Decreto 758 de 1990, se condene a COLPENSIONES a pagar la pensión junto con el retroactivo, la indexación aplicada mes a mes sobre el retroactivo pensional, a pagar los intereses de mora hasta la fecha que se produzca el pago de la prestación. Como pretensiones subsidiarias, se declare que existió multivinculación, se condene a COLPENSIONES a pagar la indexación aplicada mes a mes sobre el retroactivo pensional, se condene a COLPENSIONES o a quien se pruebe, o a quien lo reemplace el reconocimiento de la pensión acorde con la ley que le favorezca.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis manifestó que nació el 18 de diciembre de 1958, cumplió 55 años el 18 de diciembre de 2013, que al 01 de abril de 1994 contaba con 35 años de edad, que ha sumado más 1.250 semanas, que a partir del 01 de marzo 1996 comenzó a cotizar al fondo privado, el 25 de julio de 2005 tenía 750 semanas debidamente cotizadas, que PROTECCIÓN S.A al momento del traslado señaló que con tal régimen su expectativa de pensión sería más favorable que con el RPM, sin informar los contra del traslado, ni los beneficios que perdería en el RPM, omitiendo su deber de advertir sobre las consecuencias del traslado como perder el régimen de transición, que su pensión se liquidaría según los aportes hechos y no bajo los parámetros de la Ley, que perdería la posibilidad que entre más semanas, mayor porcentaje de pensión; el 20 de febrero del 2017 solicitó pensión ante PROTECCIÓN S.A sin respuesta a la fecha, el 27 de abril del 2017 informó a COLPENSIONES que las cotizaciones posteriores a las mínimas requeridas no son para aumentar la pensión, lo eran por la necesidad de seguir trabajando y por ende cotizando, el 27 de abril del 2017 solicitó a Protección resolver su situación pensional, solicitó igualmente ante Colpensiones el reconocimiento de su pensión previo dejar sin efectos la vinculación en el RAIS, en respuesta a lo solicitado COLPENSIONES le indicó cuales son los requisitos para acceder a la pensión, e igualmente solicitó a PROTECCIÓN S.A dejar sin efectos la vinculación ante el RAIS, o reconocer su pensión en las mismas condiciones que con la AFP, con oficio BZ 2017_4204748-1072027 del 27 de abril del 2017 se le informó que no tenía derecho a la pensión, por estar en el RAIS, agregando que cotizó desde el 01 de febrero de 1982 hasta 1987 (Fls. 3 a 24).

## 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 la demandante se afilió válidamente a la AFP PROTECCIÓN S.A y no acreditó ningún 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. Aunado a ello, indicó que la accionante elevó solicitud de traslado contando con 59 años cumplidos, encontrándose inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2 literal e) de la ley 797 de 2003. En el mismo sentido, señaló que de acuerdo con el artículo 13 del acuerdo 049 de 1990 para que proceda el disfrute del derecho pensional es necesario que el afiliado se retire del sistema de seguridad social de pensión, de tal suerte que la prestación económica ha de reconocerse desde que se realiza la desafiliación, más no desde la fecha en la que configuraron los requisitos como lo indicó la promotora del juicio en la demanda. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 69 a 79).

Por su parte PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando para tal efecto que, la afiliación del accionante fue libre espontánea, sin presiones, con el lleno de los requisitos de ley y que esto lo ratificó al no retornar al RPMPD en la oportunidad permitida. Explicó que no es procedente la declaratoria de nulidad pues la accionante no acreditó ninguna de las eventualidades para tal efecto y, aun así, en caso de que tal hubiera existido, en virtud del Código Civil, el paso del tiempo sanea cualquier vicio de nulidad. A su vez, afirmó que el demandante no puede regresar al RPMPD, en tanto no es beneficiario del régimen de transición y se encuentra inmerso en la prohibición del artículo 2 literal e) de la ley 797 de 2003. Finalmente, expuso que no es dable a la promotora del juicio pretender que se reintegren los gastos de administración junto con su capital, pues dicho rubro es una comisión perteneciente a PROTECCIÓN S.A., por su labor de administración dentro de los términos de ley. Presentó como excepciones de fondo las de «inexistencia de nulidades por no configurarse un vicio en el consentimiento», «prescripción», «manifestación especial en relación con la cuantía» y «excepción genérica» (Fl. 117 a 124).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 4 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante al RAIS por medio de la AFP PROTECCIÓN el 05 de febrero de 1996 y la declaró válidamente vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiere trasladado; condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros, intereses, comisiones y gastos de administración; igualmente, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante, de conformidad con la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta el IBL que le resulte más favorable y la tasa de reemplazo que se obtenga bajo la fórmula del artículo 10 de la Ley 797 de 2003, todo lo anterior desde la fecha de la última cotización al sistema de seguridad social. Absolvió a las accionadas de las demás pretensiones, incluidas las costas procesales.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, aclaró que la jurisprudencia de la CSJSL ha establecido que el deber de información a cargo de las AFP no sólo opera para los beneficiarios del régimen de transición sino que por el contrario, todas las personas que pretendan afiliarse a uno u otro régimen deben contar con una asesoría integral que les permita decidir cuál de las opciones del mercado les conviene más para su futuro pensional, así como también reiteró que en los casos de esta naturaleza, la carga de la prueba se invierte para que la parte en mejores condiciones de probar, esto es la AFP,

desvirtúe 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, realizó un análisis del acervo probatorio obrante en el plenario, concluyendo que lo dicho por los testigos traídos a juicio por la parte actora y por la demandante en el interrogatorio de parte, permiten colegir que la accionante no contó con los elementos de juicio necesarios para decidir libre y voluntariamente sobre el traslado de régimen pensional, en el entendido de que el asesor de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., se atuvo a decir que el ISS sería liquidado y que conseguirían un mejor futuro pensional en el fondo privado porque se pensionarían sobre el 100% de su salario, mientras que en el ISS sería sobre el 70%. Asimismo, indicó que la AFP no cumplió con la carga probatoria que le concernía, puesto que no allegó ninguna prueba adicional al formulario de afiliación, documento, que si bien contiene la firma de la afiliada, no acredita que aquella haya recibido la información veraz, oportuna y clara sobre las consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas y desventajas del traslado de régimen, por consiguiente, estimó que la mera firma de la demandante no se traduce en un consentimiento informado. Frente a la pensión de vejez, señaló que es pertinente realizar dicho reconocimiento bajo la ley 100 de 1993, más no en aplicación del régimen de transición, en vista de que, aun cuando la actora tenía más de 35 años de edad para la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, aquella no conservó el régimen hasta el 2014 como lo dispuso el Acto Legislativo 01 de 2005, ni contaba con las 750 semanas para la entrada en vigencia de dicha norma. Frente a la prescripción, consideró que el ejercicio de la acción no cuenta con un límite temporal en atención a que la pretensión es meramente declarativa y encuentra relación con el derecho a la seguridad social que es irrenunciable.

## RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la demandante apela la decisión, señalando que, a su juicio, la fecha de efectividad de la pensión debe ser el 31 de octubre de 2015 o en su defecto el 27 de abril de 2017, en consideración a que la fecha de causación de la pensión debe corresponder al momento en el que su representada cumplió los requisitos para acceder a la pensión, esto es el 31 de octubre de 2015, no obstante argumenta que es posible que la fecha de efectividad de la pensión no coincida con ese momento, sino con la época en la que la demandante desplego actos de voluntad tendientes al retiro, es decir, el 27 de abril de 2017 fecha para la cual la accionante informó a las demandadas que continuaba cotizando porque COLPENSIONES se había negado a reconocer su pensión y tenía la necesidad de seguir laborando, más no porque quisiera aumentar su mesada pensional, ya que incluso las cotizaciones posteriores al 31 de octubre de 2015 no le favorecían por realizarlas sobre el mínimo legal mensual vigente. En ese orden, indicó que para la fecha indicada el valor de la mesada pensional asciende a $1.852.213, salvo mejor proveer, de lo contrario, debe señalarse como fecha de causación a partir del 27 de abril de 2017, por así

habérsele pedido a COLPENSIONES en dicha fecha, momento para el cual sería de $2.091.321. De tal modo que correrían intereses de mora a partir de los cuatro meses siguientes, en subsidio la indexación. A su vez, solicita que se condene a las demandadas en costas en primera instancia porque aquellas incumplieron con varios deberes debatidos en el proceso.

El apoderado judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A, apeló la decisión, precisando que, a su juicio, no es procedente ordenar el reintegro de los gastos de administración porque se trata de una comisión que su representada adquirió lícitamente por la administración del capital de la demandante, actuando conforme a lo indicado en la Ley 100 de 1993; de modo que si se ha declarado la ineficacia, si el negocio no ha existido debe propenderse por las restituciones recíprocas, argumentando se debe ordenar que el reintegro del capital junto con los gastos de administración pero sin los rendimientos financieros pues se debe recordar que la ineficacia retrotrae las cosas al estado inicial, de lo contrario, a su parecer, la accionante incurriría en un enriquecimiento indebido.

El apoderado de la COLPENSIONES, apeló la decisión arguyendo que, al momento de la suscripción del formulario de afiliación, la única obligación era la simple aceptación espontánea, libre y expresa del afiliado para trasladarse de régimen, lo que se demostró con la firma del mismo por parte de la accionante, por lo que a su juicio debe aplicarse la normatividad vigente para esa fecha, violándose el derecho al debido proceso y el principio de legalidad, imponiendo a las administradoras un deber de información que surgió con posterioridad a la suscripción del formulario, máxime cuando COLPENSIONES no participó en el negocio jurídico de la afiliación con un tercero; precisando que se está invirtiendo de manera irracional la carga de la prueba. Adicionalmente, la actora permaneció en el RAIS por más de 24 años y está a menos de 10 años para pensionarse y su eventual traslado afectaría el principio de sostenibilidad financiera pues tendría que destinar parte de sus recursos del fondo común, que son para quienes efectivamente cumplan con los requisitos de la modalidad pensional, ya que las devoluciones que se hagan no son suficientes para soportar las cotizaciones del demandante, precisando que lo que pretende la actora es mejorar su monto pensional y ello no resulta admisible.

## 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 alegaciones en similares términos a los indicados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. El apoderado de la parte demandante presentó alegaciones en similares términos a los expuestos en la 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 folios 25 y 26 obran copia de la cedula de ciudadanía de la demandante y registro civil de nacimiento, donde se registra como fecha de nacimiento el 18 de diciembre de 1958, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2015, procediendo 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".

solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación ante COLPENSIONES el 27 de abril de 2017 (fls. 51 a 55), es decir cuando ya había alcanzado la edad exigida 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 en su haber el equivalente a 249 semanas (fl. 80), 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 05 de febrero de 1996 (Fl. 28, 125), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLMENDA, 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 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. 28, 125), plasmado en el formulario de afiliación a COMENA, 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.

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 (05 de febrero de 1996, fl. 28, 125), 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 la parte recurrente, 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, 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 haya 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 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.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que al permanecer vigente la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida es dable concluir que, de conformidad con la historia laboral de Colpensiones, la accionante reporta para el mes de mayo de 2019, un total de 1.444,71 semanas; de igual manera al haber nacido el 18 de diciembre de 1957, arribó a 57 años de edad el mismo día mes del año 2015, fecha para cual, según las historias laborales aportadas de folios 50 y 175 a 183 contaba un total de 1268 semanas, cumpliendo las necesarias 1300 semanas solo hasta el mes de agosto de 2016, configurando así y únicamente en ese preciso momento los requisitos para acceder a la pensión de vejez, de conformidad con lo regulado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, máxime que, tal como se estableció en precedencia, la accionante no es beneficiaria del régimen de transición <sin que ello fuere motivo de apelación>, normativa que regula en lo pertinente:

> «ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:
>
> 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.
>
> A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.
>
> 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.
>
> A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015».

Ahora bien, tal y como lo determinó el a quo y lo admite la parte actora en la alzada, esta se encuentra activa laboralmente y cotizando al sistema pensional de ahí que, la prestación deba reconocerse una vez se efectúe el respectivo retiro del sistema, para ello

COLPENSIONES a efectos del reconocimiento pensional, deberá reconocer la pensión de vejez a la que tiene derecho la demandante, calculando el IBL de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y la tasa de reemplazo con fundamento en el artículo 34 ibídem. En este punto se advierte que no hay lugar al retroactivo solicitado por la parte actora, en la medida que, en primer lugar, los efectos de la declaratoria de ineficacia surgen a partir de la ejecutoria de la sentencia que así lo determine, por lo que a la fecha, legalmente, la actora se encuentra vinculada al RPMPD, con lo cual la obligación de COLPENSIONES en este puntual aspecto tiene efectos a partir del momento en el que la AFP PRIVADA le traslade la totalidad de los aportes y desde luego, que se encuentre reportada la novedad de retiro o en su defecto haya dejado de cotizar al sistema, pues ello resulta insalvable, independientemente del sistema al que se encuentre afiliada, pues no es viable estar afiliada la persona al sistema pensional y a su vez recibir, simultáneamente, la prestación. En ese sentido, es claro que durante el tiempo de afiliación la demandante ha disfrutado de las prerrogativas y obtenido los beneficios que supone estar en el RAIS, por lo que se insiste, la declaración judicial de ineficacia del traslado, sólo se hace efectiva con la ejecutoria de la sentencia que así la declare.

Sumado a lo anterior, estima la Sala que imponer tal carga a COLPENSIONES resulta desproporcionado, como quiera que ésta no participó del negocio jurídico que celebró la actora con la AFP COLMENA en su momento, siendo hasta la presente sentencia judicial que se declara ineficaz el mismo, por lo tanto no es jurídicamente viable, además de obligarla a tener como su afiliada a la actora, imponerle un retroactivo pensional de quien se encuentra actualmente cotizando al sistema general de pensiones, aunado a que, cuando la actora solicitó la prestación, no podía otorgársela por la imposibilidad jurídica de no tenerla dentro de sus afiliados en la base de datos que administra. En tal medida, se confirmará lo decidido en este puntual aspecto por la juez a quo.

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.

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 resultó vencida en estricto sentido la AFP PROTECCIÓN S.A., 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.

En ese sentido, 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

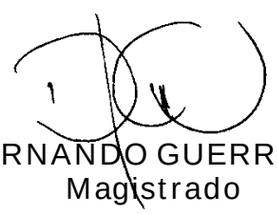
PRIMERO: REVOCAR el ORDINAL SEXTO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar condenar en costas de primer grado a la AFP PROTECCIÓN S.A., según los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Confirmar la decisión en lo demás. 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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JOSE EDUARDO RIVERA SAAVEDRA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- Rad. 110013105-016-2018-00598-01.

En la fecha, con la finalidad de surtir 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 la parte demandante respecto de la sentencia proferida 04 de noviembre de 2020 por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá.

## ANTECEDENTES

El señor JOSE EDUARDO RIVERA SAAVEDRA promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que es beneficiario del incremento pensional del 14% por su cónyuge AMANDA INES DIAZ ESPITIA, toda vez que depende de él, asimismo, solicitó que se le ordene a COLPENSIONES el pago del incremento desde la fecha de presentación de la solicitud de incremento de pensión ante la demandada junto con la indexación, el retroactivo e intereses moratorios, así como el ajuste con base en el IPC desde cuando se reconozca el incremento, además, solicitó ser incluido en la nómina de pensionados de COLPENSIONES para que se efectúe el incremento pensional, que se condene a la demandada a lo ultra y extra petita y al pago de las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, en síntesis, que le fue reconocida pensión de vejez por parte de COLPENSIONES a partir del 27 de diciembre de 2013 mediante Resolución No GNR370719, afirmó que le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990 al estar cobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, no obstante COLPENSIONES negó la solicitud de incremento del 14%

sobre su mesada pensional por su cónyuge, la señora AMANDA INES DIAZ ESPITIA, quien depende económicamente de él. Explicó, que radicó dicha petición el 12 de septiembre de 2017, que COLPENSIONES dio respuesta negativa el 27 de febrero de 2018, por lo cual, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación el 28 de febrero de 2018, el 03 de mayo de 2018 y el 28 de junio de 2018 sin que hasta la fecha en la que presentó la demanda hubiera recibido respuesta alguna (fls. 56 a 59).

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando para tal fin que si bien el demandante es beneficiario del régimen de transición, aquel sólo se aplica en cuanto a la edad, el tiempo de servicio, el número de semanas y el monto pensional, no a los beneficios adicionales como el incremento solicitado. Adicionó que los incrementos pensionales fueron objeto de derogatoria orgánica a partir de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta que la causación del derecho a la pensión de vejez por parte del demandante fue con posterioridad al 01 de abril de 1994, se colige que no causó el derecho y resulta improcedente condena alguna por dicho concepto, de conformidad con la sentencia de unificación emitida por la Corte Constitucional SU140 de 2019. Propuso como excepciones de mérito las de «prescripción y caducidad», «inexistencia de la obligación», «Cobro de lo no debido», «buena fe» e «Innominada o genérica» (Fls. 75 a 79).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el 04 de noviembre de 2020, condenó a COLPENSIONES reconocer y pagar al demandante el incremento pensional del 14% sobre el valor de la pensión mínima por la dependencia de su compañera permanente, a partir de la fecha del reconocimiento pensional, es decir, el 10 de enero de 2013, incluyendo mesadas adicionales, cuyos valores deberán ser indexados al momento de su pago conforme al IPC. Declaró que dichos incrementos deben pagarse a futuro y hasta tanto permanezcan las causas que le dieron; declarando probada la excepción de prescripción extintiva de los incrementos causados con anterioridad al 12 de septiembre de 2014.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró, en síntesis, que el demandante fue cobijado por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, es dable aplicar el artículo 21 del Decreto 750 de 1990 que

consagra el incremento pensional por persona a cargo. De otra parte señaló que se demostró la calidad de compañera permanente y la dependencia económica de AMANDA INES DÍAZ ESPITIA al demandante, especialmente con los testimonios de sus hijos, MARIA ALEJANDRA RIVERA DÍAS y ANDRÉS FELIPE RIVERA DÍAZ, declaraciones que encontró válidas en la medida que el solo hecho de que su progenitora se vea beneficiada, no los invalida para ser testigos, más aún cuando evidenció que lo dicho por aquellos coincidió, en el sentido de señalar que su madre nunca ha laborado, que siempre se dedicó al cuidado del hogar y que depende económicamente del demandante. En cuanto a la excepción de prescripción, precisó que el artículo 22 del acuerdo 049 de 1990 establece que el derecho al incremento pensional persiste hasta cuando subsistan las causas que le dan origen, que los artículos 488, 489 y 6 del CPTSS hablan de la prescripción trienal de los derechos laborales y de su interrupción por medio de la reclamación administrativa, misma reclamación que presentó el accionante el 12 de septiembre de 2018, razón por la cual, consideró que en ese momento se interrumpió la prescripción y que de acuerdo al principio de favorabilidad y a la sentencia SU 140 DE 2019, sólo se debe declarar la prescripción del incremento pensional de las mesadas hasta el 14 de septiembre de 2014, dado que, a su juicio en casos en los que se afecta el derecho pensional, el conteo de prescripción más favorable y acorde con el ordenamiento jurídico, es el que tiene en cuenta solo los tres años anteriores a la fecha de presentación de la reclamación administrativa.

## RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la parte demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se revoque en su totalidad el fallo de la primera instancia, arguyendo para tal efecto, que se debe aplicar en su integridad la sentencia SU 140 de 1990 y no sólo la forma de conteo de la prescripción, pues en juego está la protección de la Constitución Política y del principio de sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Agregó, que el incremento de la mesada pensional es un beneficio extra que sólo cobija a quienes causaron su derecho de pensión antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo cual, el demandante no es beneficiario del incremento pensional porque causó su derecho con posterioridad al 01 de abril de 1994. Por último, argumentó que no se probó plenamente que la señora AMANDA INES DÍAZ ESPITIA dependiera económicamente del demandante porque a pesar de que aquel le da un monto mensual para sus gastos, ello no constituye una dependencia económica, aún más cuando los testigos aseguraron que también le aportaban económicamente a aquella.

## 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 Colpensiones presentó alegaciones solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora por su parte, presentó alegaciones solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si en el presente caso le asiste derecho al demandante para obtener el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo, así como determinar si este se encuentra prescrito.

## CONSIDERACIONES

El derecho a los incrementos pensionales, según criterio pacífico expuesto por la Sala Laboral de la CSJ, no desparecieron de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha concluido en múltiples pronunciamientos en tanto y en cuanto los incrementos del 14 y 7% previstos en el Decreto 758/1990 conservan su vigencia. Así puede colegirse entre otras de las sentencias de 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicado 29531, en la de radicación 36345 de agosto 10 de 2010 y recientemente reiterada en las sentencias SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos están en vigor no obstante el no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados, debe entenderse que conservan su plena vigencia. Los referidos incrementos se reconocen a quienes se les define su derecho pensional con aplicación directa del Acuerdo 049 de 1990 o que fueren reconocidos por virtud del régimen de transición, por lo que su jurisprudencia al constituir doctrina probable permite separarse válidamente de la reciente sentencia de la Corte Constitucional identificada como SU140-19 que estima lo contrario, en tanto y en cuanto definió que con la promulgación de la Ley 100 de 1993 desaparecieron de la vida jurídica.

Definido lo anterior, para abordar el estudio de procedibilidad del incremento pensional, advierte la Sala que se acreditó que al demandante le fue reconocida su pensión de vejez de conformidad con lo regulado por el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, según se corrobora con la Resolución GNR 370719 del 27 de diciembre de 2013 (fls. 8 a 11), por lo que procede el estudio del

reconocimiento del incremento pensional invocado por su cónyuge, la señora AMANDA INES DÍAZ ESPITIA.

La condición de cónyuge de la antes citada, se acredita con los testimonios rendidos por MARIA ALEJANDRA RIVERA DIAZ y ANDRES FELIPE RIVERA DIAZ, en su calidad de hijos de la pareja, quienes manifestaron que aquella se dedica a su hogar, que hace por lo menos 30 años vive ininterrumpidamente con el demandante, que ella no tiene ningún ingreso adicional y que el señor RIVERA solventa todos los gastos incluidos los de su madre.

Se concluye entonces que, a las declaraciones anteriores, se les puede asignar plena credibilidad en torno a la dependencia económica requerida para hacerse acreedor al incremento pensional, advirtiendo, en cuanto a la tacha de sospecha que la misma no opera automáticamente por el parentesco de los testigos con el demandante y la señora AMANDA INÉS DÍAZ, sino que se debe realizar un análisis concienzudo sobre lo declarado y en ese sentido, esta Sala no evidencia ningún sesgo o ánimo de favorecimiento, pues fueron contestes y claros en sus deposiciones. Se concluye entonces que a las declaraciones anteriores se les asigna plena credibilidad, motivo por el que resulta creíble lo afirmado, siendo la razón por la que se colige la dependencia económica de la compañera permanente con relación al demandante, máxime cuando esta afirmación no ha sido desvirtuada por la parte demandada.

Esclarecido lo anterior, debe señalar la Sala que en tratándose de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala Laboral de la CSJ le asigna al derecho reclamado además de su actual vigencia el carácter de prescriptible con base en su jurisprudencia (sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 sep. 2012, en los radicados 40.919 y 42300 y posteriormente en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367, luego en las SL1585-2015 rad. 45197, SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019), mientras que la Corte Constitucional en sentencia reciente de unificación identificada como SU 140 de 2019 declara que la Ley 100 de 1993 derogó las normas que lo consagraban, razón por la que, para tomar posición respecto de uno y otro criterio resulta necesario realizar un breve recuento de sus posiciones doctrinales.

Frente a las dos posiciones doctrinales, una que desde el 1° de abril de 1994 no existe el derecho reclamado y la otra que si existe pero prescribe, la Sala de Decisión estima que en virtud del principio de favorabilidad ínsito en el artículo 53 constitucional, debe preferirse la que con carácter de autoridad para el juzgador ordinario laboral

acoge la Sala Laboral de la CSJ, que establece la de que este derecho NO fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero a su vez, también, debe acoger la procedencia de la prescripción del derecho si no se acciona dentro del término trienal, en razón a que si bien estos no hacen parte integral de la pensión y por lo tanto, no gozan de los mismos atributos de la prestación, su extinción solo puede pregonarse a partir del momento en que se hacen exigibles. Sobre este punto, esta Sala de decisión ha venido exponiendo que es a partir del reconocimiento pensional, donde surge el derecho a reclamarlos pues pende de este, no obstante lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente, en sentencia CSJ SL2711-2019 del diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019), fijó el verdadero alcance respecto a la fecha de exigibilidad de los incrementos pensionales a efectos de contabilizar la prescripción, en el sentido que la exigibilidad del derecho surge a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado.

Ahora bien, retomando el hilo conductor inicialmente trazado, para esta Sala de Decisión la interpretación autorizada por las normas constitucionales que atiende el principio de in dubio pro operario, obliga a atender, de dos interpretaciones válidas, la que sea más favorable al trabajador o al pensionado, en el sentido de que es la que mejor y con mayor suficiencia garantiza el derecho constitucional e irrenunciable a la seguridad social.

Expuestos así los dos argumentos válidos, definidos ambos con criterio de autoridad, relacionados con la derogatoria del artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 y su aplicabilidad en el tiempo, no le queda otro camino a esta Sala de Decisión que acoger la tesis de la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en tanto y en cuanto para nuestro órgano de cierre de la especialidad laboral existe certeza de: i) la vigencia de los incrementos pensionales consagrados en el Decreto 758 de 1990 y ii) la extinción del derecho a percibirlos sino se acciona dentro de los plazos establecidos en la norma sustantiva y adjetiva que regula su prescripción por no haberse reclamado en tiempo oportuno posterior a su exigibilidad que no es otro que a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado; cuestión que en este caso, lo es desde que el afiliado adquirió el status de pensionado el 01 de mayo de 2013 a través de la Resolución No. 87551 del 03 de mayo de 2013 (fl. 8), mientras que la reclamación administrativa fue efectuada ante Colpensiones el 12 de septiembre de 2017 (fl. 12) con la cual se pretendió interrumpir la prescripción sin éxito, es decir, con posterioridad a los tres años de que tratan las normas que regulan dicho fenómeno, y aún a pesar de que la demanda se presentó el 18 de septiembre de 2018

(Fl. 60), es claro que en este asunto, aun con la aplicación del principio de favorabilidad en cabeza del pensionado demandante, la excepción de prescripción en el reconocimiento de los incrementos pensionales debe prosperar, pues éste atiende a una interpretación sistemática de las normas de la seguridad social y asegura la protección de derechos fundamentales de los pensionados y su núcleo familiar, en virtud del principio in dubio pro operario de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo reglado por el artículo 21 del C.S.T.

En ese orden, en virtud del principio de seguridad jurídica, coherencia decisional y respeto a la doctrina probable de la Sala de Casación laboral de la CSJ, la Sala en su integridad hace suyos los argumentos que allí se consignan para predicar la vigencia del derecho a reclamarlos pero también su prescriptibilidad a partir del reconocimiento del derecho al que accede, por estimar que ellos son suficientes para separarse de la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, que pregona su derogatoria a partir del 1º de abril de 1994.

De lo anterior se colige, a diferencia de cómo lo determinó el juez a quo, que hay lugar a declarar probada la prescripción total del derecho reclamado, motivo por el cual no le asiste derecho al demandante para acceder al incremento pensional por persona a cargo, pues entre el lapso de tiempo trascurrido entre la fecha en que se reunieron la totalidad de los requisitos exigidos para el incremento pensional y la reclamación administrativa del derecho, se superó el término trienal previsto por las normas que así lo establecen, pues esta se interrumpe por una sola vez.

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 del demandante.

## 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, para en su lugar, ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la parte actora.

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado DIEGO DE JESUS CASTILLO AVILA contra COLPENSIONES Rad 110013105-034-2019-00036-01

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 apoderado judicial de la accionada COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de octubre de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor del demandante, según da cuenta el auto de fecha

ANTECEDENTES

El señor DIEGO DE JESUS CASTILLO AVILA, pretende se declare que se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES toda vez que la afiliación realizada a PROTECCIÓN fue declarada inválida, igualmente se declare que se encuentra inmerso dentro del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y que al efecto tiene derecho a que se aplique el Decreto 758 de 1990, en consecuencia se declare que tiene derecho a que se le reconozca el 14% sobre su mesada pensional por cónyuge a cargo, a partir del 01 de julio de 2017, sumas debidamente indexadas. Finalmente, solicitó se condene a la demandada a las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que el 06 de abril de 2017, radicó ante COLPENSIONES solicitud de pensión de vejez, que mediante resolución SUB 122767 del 11 de julio de 2017 COLPENSIONES resolvió reconocerle

y pagarle pensión de vejez en cuantía de $737.717, en virtud del régimen de transición y la Ley 71 de 1988, informó que también reúne los requisitos exigidos por el decreto 758 de 1990. Que mediante Resolución SUB 134522 de 2009 COLPENSIONES modificó la resolución inicial, consideró que si bien tenía derecho a la pensión de vejez, no la tenía en virtud del régimen de transición si no en virtud de la Ley 797 de 2003, debido a que había perdido su régimen de transición por haber tenido un traslado al RAIS. Señaló que fue trasladado al RAIS sin su autorización, razón por la cual interpuso la respectiva denuncia penal en contra del fondo de pensiones; y el 24 de noviembre de 2015 el Fiscal 240 Seccional de Bogotá «ordenó a PROTECCIÓN restablecer el derecho vulnerado (y) en consecuencia fue devuelto a COLPENSIONES, en la medida que nunca autorizó el traslado al fondo privado, toda vez que la firma del formulario de traslado no correspondía a su firma»; el día 12 de abril de 2016 PROTECCIÓN informa al Fiscal 240 seccional que enviaría el caso al área encargada del proceso, no obstante a la fecha no ha recibido información alguna. Finalmente, radicó reclamación administrativa a COLPENSIONES con el fin de declarar nula la afiliación al RAIS, entidad que mediante Resolución SUB 281942 de 2017 negó lo solicitado al considerar que había perdido su régimen de transición en vista del traslado al RAIS, resolución confirmada el 19 de febrero de 2018, agregó que se encuentra casado con la señora ROSA ELVIRA TORRES TORRES quien depende económicamente ya que no recibe pensión, ni salario de ninguna índole (Fls.1 a 8 y 164).

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que el accionante se encuentra válidamente adscrito a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que la afiliación realizada a PROTECCIÓN fue declarada inválida y en consecuencia le fue reconocida la pensión de vejez conforme a la Ley 71 de 1988, prerrogativa que desapareció de la vida jurídica a partir del 1 de abril de 1994, así mismo manifestó su oposición al reconocimiento del 14% sobre su mesada pensional por cónyuge, por cuanto el demandante no se encuentra pensionado por el Decreto 758 de 1990, ya que está pensionado conforme la Ley 71 de 1988, de igual manera manifestó que no procede la indexación. Presentó como excepciones de fondo las de «inexistencia del derecho y la obligación a cargo a COLPENSIONES», «carencia de causa para demandar», «cobro de lo no debido», «no configuración del derecho al pago del I.P.C ni de indexación o reajuste alguno», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «pago», «buena fe de COLPENSIONES», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «prescripción», «no procedencia al pago de costas en

instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica». (Fls. 302 a 310).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de octubre de 2020, declaró que el demandante es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993, absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que para el caso en particular no se discutía la calidad de pensionado del demandante, ni su calidad de beneficiario del régimen de transición, así mismo determinó que bajo el parágrafo 36 de la Ley 100 de 1993 se permite cómputo de tiempos públicos o privados para el reconocimiento de los derechos pensionales de los afiliados al sistema los cuales deben predicarse para las prestaciones como para las ocasionadas por el beneficio del régimen de transición, sin embargo el reconocimiento pensional al demandante operó con la pensión por aportes regulada en la Ley 71 de 1998, que no permite el incremento por persona a cargo, resaltando que la legislación colombiana, no prevé la posibilidad de hacer mixturas en los regímenes pensionales para efecto del reconocimiento que las normas compelen, así, el reconocimiento pensional del demandante operó en virtud de la Ley 71 de 1998, y los incrementos reclamados están contemplados en el Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 21 no contempla la posibilidad de ser integrado a un régimen pensional diferente al que contempla esta normatividad y en esa medida no resultaba procedente integrar los beneficios que trae consigo el Acuerdo 049 de 1990 con la normatividad que le fue aplicable al caso en concreto establecida en la Ley 71 de 1998.

## RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandada COLPENSIONES apeló la decisión, solicitando sea revocada parcialmente frente al numeral primero, en su lugar, solicitó negar la totalidad de las pretensiones, por cuanto la sentencia de primera instancia tuvo al demandante como beneficiario del régimen de transición, y por esta razón consideró que se incurriría en un desgaste administrativo para COLPENSIONES, pues si bien se reclama la declaratoria de beneficiario del régimen de transición, se realiza en aras de obtener el beneficio del 14%, lo cual, al no ser beneficiario de este, la declaratoria repercutirá frente a su representada.

## 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 COLPENSIONES, solicitó revocar parcialmente la sentencia en su numeral primero y que como consecuencia se nieguen la totalidad de las pretensiones incoadas por la parte actora.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si el accionante es beneficiario del régimen de transición, en consecuencia, verificar si tiene derecho a que se le conceda el incremento del 14% por persona a cargo, en aplicación del Decreto 758 de 1990.

## CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico debe advertirse que en el auto de fecha 10 de diciembre de 2020 que admitió el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, también se concedió la consulta a favor del demandante en el entendido que la decisión le fue totalmente desfavorable a sus pretensiones, pues la simple declaración judicial allí consignada no satisfizo en absoluto sus pretensiones de obtener el incremento del 14% adicional a su pensión que es la causa petendi de su demanda, decisión que no fue motivo de reproche alguno por la entidad demandada.

En consecuencia, se encuentra acreditado que mediante Resolución SUB 122767 del 11 de junio de 2017, COLPENSIONES reconoció pensión de vejez a favor del actor en cuantía inicial de $737.717, con un IBL de $ 867.301 al que le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, a partir del 1° de julio de 2017, aplicando para tal efecto la Ley 71 de 1988, sobre la base de 1.695 semanas de cotización; acto administrativo que fue modificado a través de la Resolución SUB 134522 del 25 de julio de 2017 en el sentido de establecer que la norma que le era aplicable correspondía a la Ley 797 de 2003 y no a la Ley 71 de 1988, tras considerar que había perdido el régimen de transición por traslado al Régimen de Ahorro Individual - RAIS; decisión que fue confirmada por las Resoluciones DIR 16715 del 29 de septiembre de 2017, SUB 281942 del 07 de diciembre de 2017 y SUB 32925 del 02 de febrero de 2018.

Posteriormente, por medio de la Resolución DIR 3501 del 19 de febrero de 2018, se estudió nuevamente la prestación precisándose:

«Que verificado el aplicativo de nómina en el módulo do certificaciones se observa

Anulación traslado. Nulidad de afiliación. Procedimiento administrativo mediante el cual los afiliados pueden solicitar su retorno al Sistema Nacional de Pensiones, debido a que:

a) su firma ha sido falsificada en el Contrato de Afiliación

b) el Empleador lo afilió sin su consentimiento

c) porque ha sido excluido de la cobertura del seguro al haberse determinado que se afilió con una condición de preexistencia,

La anulación es aquella situación que se presenta cuando se detecta una irregularidad en el proceso de traslado o vinculación inicial que implica la cancelación de la misma».

Por lo anterior se concluyó que el actor estaba cobijado por el régimen de transición y por ende, procedió a estudiar la reliquidación allí solicitada con base en el Acuerdo 049 de 1990, no obstante fue negada tras el argumento de que no era posible acumular tiempos públicos y privados, lo cual sí permitía la Ley 71 de 1988, artículo 7. De este modo, estimó que la pensión se reconocía bajo la égida de esta precisa normatividad, calculando un IBL de $859.156 y aplicando una tasa de remplazo del 75%, arrojando una pensión inferior al SMLMV para el año 2017 (fls. 60 a 72). A su vez, se advierte de dichos actos administrativos que el actor prestó sus servicios a los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA 06 de junio de 1980 y el 18 de octubre de 1991 el cual no fue cotizado a ninguna Caja de Previsión Social ni al ISS; asimismo que prestó servicios a VIAS FERREAS desde el 19 de octubre de 1991 al 26 de junio de 1995 habiendo cotizado a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL.

Es claro, entonces, conforme a los hechos descritos anteriormente y las pruebas confrontadas que el demandante es beneficiario de la transición normativa establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por ende, tenía derecho a que la definición de su situación pensional se estudiase con fundamento o bajo la egida del régimen pensional que le resulte más favorable en el evento de que sea beneficiario de dos o más regímenes pensionales anteriores, como lo señala como premisa la Sala de Casación Laboral de la CSJ en la reciente sentencia SL832-2018 de 28 de febrero de 2018 (rad. 56466), por lo que en principio tal posibilidad no riñe con la prestación regulada en la Ley 71 de 1988, por ejemplo.

En ese orden, encuentra la Sala que se pretende, incluso, desde el libelo introductor, que se determine en tal virtud, que además de la normativa con la cual se le concedió la prestación, tiene derecho a que se dé aplicación a lo contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta para tal efecto la sumatoria de tiempos públicos y privados, para lo cual debe advertirse que si bien, en anteriores oportunidades la jurisprudencia asumía como verdad incontrastable que el requisito de semanas cotizadas debía ser únicamente satisfecho con las semanas efectivamente cotizadas al sistema general de pensiones, acogiendo la doctrina probable de la CSJ, esa inferencia

fue efectivamente desestimada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, admitiendo hoy que en el marco del Acuerdo 049 de 1990 es procedente la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales, tal y como lo sentó como premisa en sentencias CSJ SL1947-2020, CSJ SL1981-2020 y CSJ SL2557-2020, y en ellas se advirtió la necesidad de preservar las garantías de las sumatorias de los tiempos públicos y privados, por cuanto las pensiones reguladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hacen parte del sistema de seguridad social, de ahí que el parágrafo de dicho articulado deba entenderse para esta sumatoria, como así se expuso:

> «En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultra activa de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.
>
> En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.
>
> Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens».

De conformidad con lo anterior, en el caso de autos, hay lugar a determinar que el actor tiene derecho a que se le aplique a su situación pensional lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990. Así las cosas, se tiene que el artículo 12 ibídem, determina que los requisitos para acceder a la pensión de vejez consisten, para el caso de los hombres, haber cumplido 60 años de edad y haber cotizado 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo. Frente a ello, debe señalarse que el demandante alcanzó a cotizar al mes de agosto de 2013 un total de 1.562 semanas, es decir, que se cumple con el segundo supuesto que contempla el artículo 12 del citado acuerdo, razón por la cual, se hace merecedor a que la pensión de vejez allí establecida también le resulte aplicable, como quiera que la edad de 60 años la había alcanzado el 26 de agosto de 2013. Así pues, como el juez de primer grado llegó a disímiles conclusiones, será revocada la decisión en este puntual aspecto, para en su lugar, declarar que el actor no sólo es beneficiario del régimen de transición, sino que en tal virtud y por reunir

los requisitos del mismo, le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990. Empero, como no se solicita en esta instancia el reajuste de la pensión con base en el Acuerdo 049 de 1990, la Sala de Decisión se abstiene de emitir pronunciamiento al respecto.

INCREMENTO PENSIONAL

Establecido lo anterior, es claro que la única finalidad pretendida con dicha declaración no es otra que acceder al incremento pensional por persona a cargo, lo cual desde luego se hace viable, para tal efecto, se advierte que el reconocimiento de los incrementos pensionales, según criterio pacífico expuesto por la Sala Laboral de la CSJ no desparecen de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha concluido en múltiples pronunciamientos en tanto y en cuanto los incrementos del 14 y 7% previstos en el Decreto 758/1990 mantienen su vigencia. Así puede colegirse entre otras de las sentencias de 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicado 29531, en la de radicación 36345 de agosto 10 de 2010 y recientemente reiterada en las sentencias SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos están en vigor no obstante el no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional y por el contrario, por no estar expresamente regulados, debe entenderse que conservan su plena vigencia. Los referidos incrementos se reconocen a quienes se les define su derecho pensional con aplicación directa del Acuerdo 049 de 1990 o que fueren reconocidos por virtud del régimen de transición, por lo que al constituir doctrina probable tal precedente jurisprudencial reiterado y uniforme, permite separarse válidamente de la reciente sentencia de la Corte Constitucional identificada como SU140-19 que estima lo contrario, en tanto y en cuanto definió que con la promulgación de la Ley 100 de 1993 desaparecieron de la vida jurídica.

En ese sentido, la condición de cónyuge de la señora ROSA ELVIA TORRES TORRES, se acredita con el certificado de Registro Civil de Matrimonio obrante a folio 14 del plenario, que da cuenta que el actor contrajo nupcias con la misma, el 14 de abril de 1984.

En cuanto a la dependencia económica de ROSA ELVIA TORRES TORRES respecto de su cónyuge, se advierte que dentro del proceso fue recibida la declaración de la señora GLADYS LIMAS DE FARIA, vecina del actor, quien manifestó conocer a la desde hace 15 años, que son casados y procrearon 5 hijos de los cuales indicó el nombre de 4, dos de los cuales tienen su hogar y una es discapacitada, de la cual quien está pendiente es la señora TORRES, de modo que es ama de casa, y que quien asume

los gastos de la casa es el señor demandante. De igual modo se recibió el testimonio de LUIS MARTIN LANDINEZ MARTINEZ, quien indicó conocer al actor hace 20 años, que éste laboró para los ferrocarriles, que se ve con la pareja cada vez que van a hacer mercado en un local comercial de su hija (del testigo), que la señora Rosa Elvia es ama de casa y depende de su esposo, porque siempre la ve en la casa, que la pareja paga arriendo al frente del local. Los anteriores testigos también rindieron declaración extra proceso en similares términos (fl. 16). De igual modo rindió testimonio la señora cónyuge del actor, indicando su dependencia económica respecto del actor, indicando que este la tiene afiliada al seguro de salud.

Se concluye entonces que a las declaraciones anteriores se le asigna plena credibilidad, pues corresponden a testigos directos de los hechos afirmados, además de complementarse con la documental allegada, motivo por el que resulta creíble lo afirmado, siendo la razón por la que se colige la dependencia económica del cónyuge con relación a la demandante, máxime cuando esta afirmación no ha sido desvirtuada por la parte demandada.

Hay que señalar, además, que en tratándose de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala Laboral de la CSJ le asigna al derecho reclamado además de su actual vigencia el carácter de prescriptible con base en su jurisprudencia (sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 sep. 2012, en los radicados 40.919 y 42300 y posteriormente en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367, luego en las SL1585-2015 rad. 45197, SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019), mientras que la Corte Constitucional en sentencia reciente de unificación identificada como SU 140 de 2019 declara que la Ley 100 de 1993 derogó las normas que lo consagraban, razón por la que, para tomar posición respecto de uno y otro criterio resulta necesario realizar un breve recuento de sus posiciones doctrinales.

Frente a las dos posiciones doctrinales, una que desde el 1° de abril de 1994 no existe el derecho reclamado y la otra que si existe pero prescribe, la Sala de Decisión estima que en virtud del principio de favorabilidad ínsito en el artículo 53 constitucional, debe preferirse la que con carácter de autoridad para el juzgador ordinario laboral acoge la Sala Laboral de la CSJ, que establece la de que este derecho NO fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero a su vez, también, debe acoger la procedencia de la prescripción del derecho si no se acciona dentro del término trienal, en razón a que si bien estos no hacen parte integral de la pensión y por lo tanto, no gozan de los mismos atributos de la prestación, su extinción solo puede pregonarse a partir del momento en que se hacen exigibles. Sobre este punto, esta

Sala de decisión ha venido exponiendo que es a partir del reconocimiento pensional, donde surge el derecho a reclamarlos pues pende de este, no obstante lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente, en sentencia CSJ SL2711 de 2019 del diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019), fijó el verdadero alcance respecto a la fecha de exigibilidad de los incrementos pensionales a efectos de contabilizar la prescripción, en el sentido que la exigibilidad del derecho surge a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado.

Ahora bien, retomando el hilo conductor inicialmente trazado, para esta Sala de Decisión la interpretación autorizada por las normas constitucionales que atiende el principio de in dubio pro operario, obliga a atender, de dos interpretaciones válidas, la que sea más favorable al trabajador o al pensionado, en el sentido de que es la que mejor y con mayor suficiencia garantiza el derecho constitucional e irrenunciable a la seguridad social.

Expuestos los dos argumentos válidos, definidos ambos con criterio de autoridad, relacionados con la derogatoria del artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 y su aplicabilidad en el tiempo, no le queda otro camino a esta Sala de Decisión que acoger la tesis de la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en tanto y en cuanto para nuestro órgano de cierre de la especialidad laboral existe certeza de: i) la vigencia de los incrementos pensionales consagrados en el Decreto 758 de 1990 y ii) la extinción del derecho a percibirlos sino se acciona dentro de los plazos establecidos en la norma sustantiva y adjetiva que regula su prescripción por no haberse reclamado en tiempo oportuno posterior a su exigibilidad que no es otro que el momento en que el pensionado, en voces de la CSJ, reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado.

En el presente caso, la pensión fue reconocida a través de Resolución SUB 122167 del 11 de julio del 2017 (fl. 27 a 34) y la respectiva reclamación administrativa se presentó dentro de los tres años siguientes, esto es, el 23 de enero de 2018 como se extrae de las pruebas allegadas al expediente (Fl. 68), solicitud que fue atendida desfavorablemente con la Resolución DIR del 19 de febrero de 2018, notificada al actor el 14 de marzo de 2018 (fl. 67) siendo interpuesta la demanda el 16 de enero de 2019 (fl. 161), es decir, todo dentro de los tres años de que tratan las normas que regulan dicho fenómeno, criterio que atiende a una interpretación sistemática de las normas de la seguridad social y asegura la protección de derechos fundamentales de los pensionados y su núcleo familiar, en virtud del principio in dubio pro operario de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo reglado por el artículo 21 del C.S.T.

En ese orden, en virtud del principio de seguridad jurídica, coherencia decisional y respeto a la doctrina probable de la Sala de Casación laboral de la CSJ, la Sala en su integridad hace suyos los argumentos que allí se consignan para predicar no solo la vigencia del derecho a reclamarlos sino también su prescriptibilidad a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias legales, estimando que estos argumentos son suficientes para separarse de la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, que pregona su derogatoria a partir del 1º de abril de 1994.

De lo anterior se colige que debe revocarse este puntual aspecto de la sentencia, motivo por el cual le asiste el derecho al demandante para acceder al incremento pensional por persona a cargo.

En este orden de ideas, una vez realizados los cálculos del caso se tiene que el retroactivo correspondiente a los incrementos por persona a cargo, calculados desde el 1° de julio de 2017 hasta el 31 de enero de 2021, arroja un total de $5.273.507 sobre 13 mesadas pensionales al año sin perjuicio de las que se causen con posterioridad, según la siguiente liquidación:

| PERIODO | | VALOR MESADA (SMLMV) | NÚMERO DE MESADAS | INCREMENTOS 14% |
|---|---|---|---|---|
| Inicio | Final | | | |
| 1/07/2017 | 31/12/2017 | 737.717,00 | 6 | $619.682 |
| 1/01/2018 | 31/12/2018 | 781.242,00 | 13 | $1.421.860 |
| 1/01/2019 | 31/12/2019 | 828.116,00 | 13 | $1.507.171 |
| 1/01/2020 | 31/12/2020 | 877.803,00 | 13 | $1.597.601 |
| 1/01/2021 | 31/01/2021 | 908.526,00 | 1 | $127.193 |
| TOTAL | | | | $5.273.507 |

Valor que deberá ser reconocido en forma indexada al momento de su pago. En tal virtud, se revocará parcialmente la decisión de primer grado.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia corren a cargo de COLPENSIONES, dadas las resultas del proceso.

## 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: ADICIONAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de precisar que al actor le aplica el Acuerdo 049 de 1990 para efectos de su reconocimiento pensional, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: REVOCAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia objeto de estudio, y en su lugar, CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar en favor del señor DIEGO DE JESÚS CASTILLO ÁVILA los incrementos pensionales por persona a cargo, contemplados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, cuyo retroactivo asciende a la suma de $5.273.507.oo causados desde el 01 de julio de 2017 hasta 31 de enero de 2021, calculados sobre 13 mesadas anuales, sin perjuicio de los que se causen con posterioridad y hasta que subsistan las causas que le dieron origen, los cuales deben ser pagados en forma indexada, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

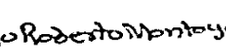
TERCERO: Confirmase en lo demás la decisión. Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la parte demandada, dadas las resultas del proceso.

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JOSE ALIRIO LOZANO LEAL contra COLPENSIONES Y OTRO. Rad 110013105-026-2019-00714-01

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 a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS), respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ ALIRIO LOZANO LEAL, pretende se declare la existencia del vicio del consentimiento, que lo indujo en error al momento de firmar el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., asimismo pretende se declare la nulidad o invalidez del acta o formulario de afiliación, mediante el cual se traslada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, se declare que siempre ha estado afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD. Como consecuencia de lo anterior, se condene a COLPENSIONES a estudiar el régimen pensional como si nunca se hubiese trasladado. Finalmente solicitó, se condene a las demandadas a lo ultra y extra petita que pueda resultar, así como en costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 21 de abril de 1951, afiliándose al ISS desde el mes de marzo de 1974, hasta el mes de enero de 1996. Que, en 1996 un asesor de la AFP COLFONDOS, lo persuadió para que realizara el cambio de régimen, le manifestó la inminente liquidación del Instituto de

Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, por lo que perdería sus ahorros. Igualmente, sólo le informó de los beneficios de trasladarse, nunca le informó de las consecuencias contrarias, no brindó una debida información de forma clara, completa y oportuna que le permitirá tomar una decisión consciente de acuerdo a sus aspiraciones pensionales.

Advirtió que, al no llenar sus expectativas de pensión, decidió trasladarse nuevamente al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES; el 07 de mayo de 2004, COLPENSIONES le da la bienvenida y le informa que fue aceptado a partir del 1 de enero de 2004. Elevó solicitud de pensión de vejez, cuya respuesta el 24 de noviembre de 2011 fue negativa, argumentando que no cuenta con 15 años de servicio cotizados, le manifiestan que debido a que se devolvió de régimen, perdió el régimen de transición, por lo anterior elevó recurso de reposición en subsidio con apelación; el 13 de marzo de 2013 COLPENSIONES resuelva el recurso y reconoce la pensión de vejez a la luz de la ley 100 de 1993, así que solicitó reliquidación, la cual fue negada, concluyó que el 12 de octubre de 2017, solicitó la nulidad del traslado realizado de COLPENSIONES, agotando la reclamación administrativa (Fls. 1 a 14 y 143 a 155).

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que el accionante se afilió válidamente a la AFP COLFONDOS S.A. al no probar error, fuerza o dolo en la afiliación, por lo cual afirmó no procede la declaratoria de nulidad del acta o formulario de afiliación, así mismo detalló que si bien el demandante al 01 de abril de 1994 contaba con 42 años de edad, en principio era beneficiario del régimen de transición, no obstante este lo perdió debido al traslado de régimen que realizó al RAIS en el año 1996, toda vez que para que se entienda recuperado el régimen de transición se deben acreditar 15 años de servicio en la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, no siendo este caso, conforme a la historia laboral, pues para el 01 de abril de 1994, el actor no contaba con 750 semanas cotizadas o 15 años de servicio, razón por la cual el demandante no es beneficiario del régimen de transición y su traslado al RAIS es legal y válido. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 120 a 125 y 466 y 467).

La AFP COLFONDOS, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones del actor, y solicitó se le absuelva de las mismas, en razón a que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, ya que no cumple con los requisitos para ello,

conforme con el artículo 36 de la ley 100 de 1993, el cual indicó que el régimen de transición no le será aplicable a las personas que voluntariamente se acojan al RAIS, salvo que hubieran prestado 15 años de servicio, equivalente a 750 semanas al 1 de abril de 1994, condición que el accionante no acreditó, así mismo, arguyó que el demandante presenta cuenta trasladada a COLFONDOS con fecha del 15 de enero de 1996, con fecha de efectividad del 01 de febrero de 1996, producto de un traslado de régimen proveniente de régimen del seguro social hoy COLPENSIONES, por ende aseveró que debe darse aplicación a la fenómeno de la prescripción, dispuesto en el artículo 150 del código civil, el cual establece que para pedir la rescisión, será en un término de cuatro años, en el caso de error o dolo desde el día de la celebración del acto o contrato, es decir que el plazo máximo era en el año 2000. Presentó como excepciones de fondo las de «inexistencia del derecho reclamado», «inexistencia de vicios en el consentimiento», «prescripción», «caducidad», «buena fe» y «genérica o innominada» (Fl. 305 a 326).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 03 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a partir de enero de 1996 y condenó a la demandada COLPENSIONES a que estudie el régimen pensional aplicable al demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que si bien la nulidad del trasladó con posterioridad al acto debía ser estudiada bajo la óptica de los artículos 1741, 1743 y 1750 del código civil, concluyendo que el acto jurídico que confirmó el traslado adquiere firmeza cuando transcurren 4 años desde su realización por tratarse de una nulidad relativa, de un vicio de consentimiento, señala que no obstante lo anterior, la Sala de Casación Laboral ha indicado que lo que debe analizarse es en este tipo de casos, es si el acto jurídico resulta o no eficaz, y así las cosas para que se entendiera que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria, se debía verificar si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, y a su vez los beneficios que obtendría, es decir que debía demostrar que brindó una información debida, que permitiese una manifestación de voluntad, autónoma y consciente, en tal medida, indicó no podría argüirse que exista voluntad libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni podía tenerse satisfecho este requisito con una simple expresión genérica, de allí que correspondía a las administradoras dar cuenta de que documentaron de manera suficiente los efectos que traía el cambio de régimen, so pena de su ineficacia, así

mismo, señaló que las AFP desde el momento de su creación, tenían la obligación de brindar información a sus afiliados a fin que estos pudieran adoptar una decisión consciente y libre, sobre su futuro pensional, señaló que el deber de información comprende la ilustración de las características, condiciones, accesos y efectos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que implicaba dar a conocer la pérdida de un régimen de transición, anotando que el fondo de pensiones tenía la carga de acreditar que efectivamente le brindó al afiliado la información necesaria, para que el consentimiento se encuentre debidamente informado, sin que sea suficiente el formulario de afiliación, sin embargo, no encontró que COLFONDOS le haya brindó la información, clara, suficiente y oportuna respecto de las características propias del Régimen de Ahorro Individual, como tampoco le hubiese explicado que era beneficiario de un régimen de transición, sí mismo omitió informarle las consecuencia del traslado al RAIS, al perder beneficios que ya tenía garantizados. Sin embargo precisó que como el demandante ya se encuentra afiliado al RPMPD en COLPENSIONES en virtud del traslado efectuado en el año 2004, era dable ordenar a COLPENSIONES que realice un nuevo análisis respecto de cuál es el régimen aplicable al actor para su reconocimiento y pago de su mesada pensional, tal y como se solicitó en las pretensiones de la demanda, advirtiendo que no habría condena en contra de COLFONDOS por haber trasladado los aportes en el año 2004. Frente a la excepción de prescripción, sostuvo que no prosperaba por cuanto la ineficacia es un asunto ligado a la construcción del derecho 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, tanto COLFONDOS como COLPENSIONES presentaron alegatos finales solicitando se revoque la decisión. La parte actora 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].

A folio 16 y 157 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 21 de abril de 1951, por lo que la edad de 60 años, la cumplió el 21 de abril de 2011, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES en el 2004, siendo aceptada el 01 de enero de 2004 por COLPENSIONES (Fls.17); no obstante lo anterior, en virtud de este traslado perdió el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que al 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, pero 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 cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, 570.15 semanas (fls. 131-139), por lo que no

[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".

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 y, desde luego, con ello no perder el beneficio de la transición.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de recuperar dicha transición y se tenga como válidamente vinculado al régimen de prima media por todo el tiempo, 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 15 de enero de 1996 (Fl. 224), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 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 COLFONDOS 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 de régimen pensional (fol. 224), 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.

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 (15 de enero de 1996 (fl. 224), 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 la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición (que lo fue) o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como es el caso del accionante, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen.

En ese sentido, es claro que al resultar ineficaz dicho traslado, resulta lógico que siendo, además, el actor beneficiario del régimen de transición, nunca perdió las prerrogativas de este, de tal modo que acaece válida la conclusión a la que llegó la a quo, esto es, que COLPENSIONES deberá realizar el estudio pensional del actor para determinar cual de los regímenes pensionales le resulta aplicable en virtud del régimen de transición, tal como lo solicitó el demandante, teniendo en cuenta que ya fue pensionado por COLPENSIONES según da cuenta la Resolución GNR 035320 del 13 de marzo de 2013 y GNR 195294 del 29 de julio de 2013 donde le advirtió que había perdido el régimen de transición por no contar con 750 semanas o 15 años de servicio al 1 de abril de 1994 (fls. 172 a 176 y 199 a 202), definición que ahora resulta irrelevante en este puntual contexto.

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

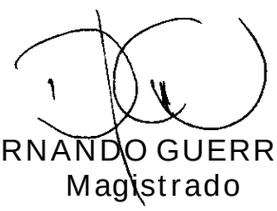
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CLAUDIA LUCIA GARCIA ARANGO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y OTROS Rad 110013105-039-2019-00549-01

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 los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las accionadas COLFONDOS, PORVENIR Y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, el 08 de septiembre 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 CLAUDIA LUCIA GARCIA ARANGO, pretende se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A. por vicios en el consentimiento; en consecuencia, se declare la nulidades de traslado entre las AFP´S que hizo con posterioridad, esto es, a la AFP PORVENIR, AFP OLD MUTUAL, AFP COLFONDOS y nuevamente a la AFP OLD MUTUAL y finalmente su retorno a la AFP PORVENIR, esta última donde se encuentra afiliada en la actualidad, así mismo se ordene a COLPENSIONES recibirla sin solución de continuidad, del mismo modo, se ordene a la AFP PORVENIR trasladar la totalidad de los dineros obrantes en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES y a ésta a recibirlos. Finalmente solicitó, se condene a las demandadas a lo ultra y extra petita que pueda resultar, así como en costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 29 de julio de 1962, afiliándose al ISS desde el mes de junio de 1997, hasta el mes de septiembre de 2004. Que en el mes de octubre de 2004, se trasladó al fondo de pensiones OLD MUTUAL, hasta el mes de agosto de 2008; en agosto de 2011 se trasladó a la AFP COLFONDOS donde permaneció hasta agosto de 2011; que en septiembre de 2011 retorno a OLD MUTUAL hasta el mes de marzo de 2013 y en el mes de abril de 2013 regresó a la AFP PORVENIR, cotizando un total de 1.097 semanas, advirtió que en la certificación laboral entre el periodo comprendido de agosto de 2018 a agosto de 2011 no aparecen en su historia laboral, corrección que está en trámite. Agregó la empresa para la cual laboraba, realizó una reunión, en la cual se dio lugar el traslado; recordando que el asesor de la AFP PORVENIR le informó que el ISS iba a colapsar, que sería liquidado y que de continuar allí podía perder sus aportes; así mismo le informó sobre los beneficios del traslado de régimen de pensión, en lo referente a que podían recibir su mesada pensional en cualquier edad, que obtendría rendimientos por sus aportes a pensiones, lo que le permitirá obtener una mesada pensional muy superior a la que pudiera obtener en el ISS hoy COLPENSIONES, que tenía la opción de pensionarse o retirar sus ahorros e invertirlos, siendo una asesoría inadecuada; que no realizó un estudio pensional acorde a la realidad que le permitiera conocer cuál era la mejor opción de régimen pensional conforme su historia laboral, perfil profesional, núcleo familiar y proyecto de vida. Recalcó que el tiempo que permaneció afiliada a las AFP´s, jamás recibió información o una asesoría personal, que le permitiera tener conocimientos de su situación pensional en el RAIS, aseveró que las AFP´s omitieron el deber de buen consejo, al no informar qué régimen le era más beneficioso, como tampoco le informaron sobre la prohibición de trasladarse entre regímenes pensionales, cuando faltaran menos de 10 años para cumplir con la edad de pensión, del mismo modo omitieron realizar una proyección de su mesada pensional, como de brindarle información sobre el monto de las cotizaciones, y explicarle los aportes voluntarios que tenía que realizar para obtener una mesada pensional conforme a los salarios devengados durante su vida laboral, careciendo de buen consejo al omitir brindar informar respecto de los regímenes pensionales existentes, las diferencias entre uno y otro, las limitaciones y sus beneficios, como en los requisitos para pensionarse anticipadamente, no le ilustraron que la devolución de saldos solo aplica cuando no se cuenta con el capital para financiar una pensión de un salario mínimo. Añadió que suscribió formulario de traslado a COLPENSIONES, solicitud que le fue negada, al encontrarse a menos de diez años para cumplir con el requisito de tiempo, para pensionarse. De igual modo, acudió a la AFP PORVENIR S.A. solicitando información sobre su situación pensional, donde le indicaron que su pensión sería de

aproximadamente $1.559.800 a los 57 años y que en COLPENSIONES sería de $6.395.788 conforme con la Ley 797 de 2003 (Fls. 3 a 20).

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS, antes OLD MUTUAL, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones; arguyendo para tal efecto que la afiliación que realizó la demandante se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de la afiliación, esto es el 01 de octubre de 2008, al 31 de agosto de 2009, y desde el 01 de septiembre de 2011 al 31 de marzo de 2013, y conforme a los postulados de buena fe. Así las cosas, en lo que respecta a la afiliación de OLD MUTUAL hoy SKANDIA afirmó que es totalmente válida, y se materializó bajo los lineamientos legales, normativos y jurisprudenciales, que regulan el acto jurídico, por tanto, no existe causal de nulidad que invalide o pretenda invalidar la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por la accionante. Del mismo modo se opuso a la condena en costas, toda vez que manifestó, que siempre ha actuado de buena fe y conforme los lineamientos vigentes al momento de la afiliación de la demandante; adicional a ello, argumentó que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, sin establecer la naturaleza de la nulidad que pretende, ya que su situación pensional, no sufrió cambios al realizar el traslado entre administradoras del RAIS; aseverando que la elección libre y voluntaria de la accionante, se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, como lo dispone el artículo 2 del decreto 1642 de 1995, norma vigente. Concluyó que si bien es cierto existe la obligación de las AFP´s de informar, no se puede endilgar engaño después de más de 20 años, cuando la demandante pudo conocer las ventajas y desventajas de los sistemas, estando en la actualidad inmersa en la prohibición del artículo 13 literal e) de la ley 100 de 1993, para aquellas personas que están a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez. En cuanto a la carga de la prueba, señaló que al ser la accionante quien aduce vicios del consentimiento, debe ser esta quien pruebe su existencia. Presentó como excepciones de fondo las de: «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «SKANDI no participó ni intervino en el momento de selección de régimen», «la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado», «ausencia de configuración de causales de nulidad», «inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS», «ausencia de falta al deber de asesoría e información», «los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante», «prescripción», «buena fe» y « genérica» (Fls. 92 a 102).

A su turno, la AFP PORVENIR S.A., contestó la demanda manifestando su oposición a todas las pretensiones de la demandante, argumentando para el efecto que no se allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la omisión al deber de información por parte de PORVENIR, al momento del traslado de régimen, como tampoco allega prueba, de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, en consecuencia, la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Precisó que no hay lugar a trasladar capital alguno, en el evento de declarar la nulidad o ineficacia, respecto de los gastos de administración, dado que la rentabilidad de la que se beneficia la accionante, surge del cumplimiento de un deber legal que le asiste a la administradora, y en el evento de devolverse ocasionaría un enriquecimiento sin causa por parte de la aquí demandante, así mismo no hay lugar a la devolución de cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, en tanto los riesgos se han cubierto en debida forma durante la vigencia de la afiliación. Puntualizó que la accionante contaba con la capacidad para realizar el traslado de régimen, y que sus condiciones académicas, culturales y sociales, le permitían tener fácil acceso a las normas legales, aseveró que la accionante tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional y sus consecuencias, no pudiendo descargar totalmente el deber de informar en la administradora de pensiones, explicó que la demandante pese a que contó con la oportunidad para revertir su decisión, mantuvo interés en estar vinculada al RAIS. Propuso 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» (Fl. 138 a 167).

Por otra parte, COLPENSIONES puso de presente su oposición a todas y cada una de las pretensiones y en consecuencia solicitó se absuelva de todas las peticiones que contra ella se formulan, para tal efecto adujó que dentro del expediente, no obra prueba que demuestre que a la demandante, se le hizo incurrir en error, por falta al deber de información, por parte de la AFP o de algún vicio del consentimiento, por el contrario se encuentra en las documentales, que su traslado se hizo de manera libre y voluntaria. Asimismo puntualizó que la accionante no cumple con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición y poder trasladarse de régimen en cualquier tiempo, así como tampoco puede hacerlo por cuanto a la fecha en que solicitó la nulidad y/o ineficacia de la afiliación faltaban menos de 10 años para cumplir con la edad mínima para la pensión, agregó que conforme el artículo 1750 del código civil, el plazo para pedir la rescisión era de 4 años, los cuales se cuentan en el caso del error o dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato, así las cosas si el traslado data de junio de 1997, la nulidad debió haberse pedido antes de junio de 2001. Por otro lado, explicó que, en el evento de existir la nulidad alegada, la misma fue saneada en los

términos del artículo 1752 del código civil, el cual expone la ratificación expresa o tácita, que sanea el vicio del contrato. Propuso como excepciones de mérito 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» (Fl. 203 a 219).

La AFP COLFONDOS, manifestó su allanamiento a las pretensiones de la demanda, conforme el artículo 98 del código general del proceso, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T y de la S.S. (Fls 136).

No obstante lo anterior, mediante auto del 07 de julio de 2019 el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, tras precisar que al existir una relación jurídica sustancial entre COLPENSIONES y la administradora del RAIS, habida cuenta que la decisión que profiera el despacho podría desplegar o no efectos sobre todos los demandados, conformándose así un litisconsorcio necesario por pasiva, conforme el artículo 99 del C.G.P. en su numeral 6, es por lo que dicho allanamiento era ineficaz, al no hacerse por parte de todo el extremo pasivo, por tanto se tuvo por no contestada la demanda (fls. 236 y 237).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 08 de septiembre de 2020, declaró que el traslado que realizó la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y efectuado el 01 de julio de 1997 a través de la AFP COLFONDOS es ineficaz, por ende, no produjo ningún efecto jurídico, y en consecuencia, jamás se separó del RPMPD, así también declaró ineficaz las afiliaciones efectuadas al interior del RAIS. Condenó a PORVENIR a transferir al RPMPD todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea sable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES, rendimientos que corresponden a los recibidos desde el 1 de julio de 1997 hasta el 30 de septiembre de 2004, y desde el 1 de enero de 2014 hasta que se dé cumplimiento a esta sentencia, así mismo condenó a OLD MUTUAL a que transfiera a COLPENSIONES las comisiones que recibió del 1 de octubre de 2004 hasta 31 de agosto de 2008, y 1 de septiembre de 2011 hasta 31 de marzo de 2003, en el mismo sentido condenó a COLFONDOS a transferir las comisiones que recibió desde el 1 de septiembre de 2008 hasta el 31 de agosto de 2011 y a COLPENSIONES a recibirlos, así

como reactivar la afiliación de la demandante al RPMPD sin solución de continuidad. Autorizó a COLPENSIONES a iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de PORVENIR, OLD MUTUAL y COLFONDOS. Finalmente condenó a OLD MUTUAL y PORVENIR al pago de costas.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que las selección de los regímenes es libre y voluntaria, y no se plasma con la simple suscripción del formulario de afiliación, sostuvo que las administradoras de fondos de pensiones, deben cumplir con el principio de transparencia, en virtud del cual debe suministrar información necesaria, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado, información que debe ser objetiva, clara y comprensible, y que solamente con tal información, se puede señalar que la persona tomó la decisión libre y voluntaria. Esa obligación debe ser completa y comprensible, bajo el entendido que se está informando a una persona que tiene desconocimiento frente a un tema, como lo es la accionante, que al ser arquitecta no contaba con conocimientos suficientes. En cuanto a la carga de la prueba, precisó, esta le correspondía a la administradora de fondo de pensiones, al ser quien conoce el servicio, al ofrecer y abordar a una persona para captarla y convencerla de la afiliación, conociendo el servicio que ofrece y el que ofrece la competencia, entendiéndose por ésta al RPMPD, informó que las negaciones indefinidas están exentas de prueba, y en ese orden las administradoras deben allegar pruebas suficientes para demostrar que se cumplió con la obligación de informar, así las cosas concluyó que ninguna de las administradoras cumplió con la carga de la prueba teniendo en cuenta que la obligación no solo recae en la primera entidad que realizó el traslado, además debía ser una información oportuna, es decir que debe estar vigente a lo largo del contrato, por cada una de las administradoras que debió darle información coherente con sus situaciones fácticas, frente a lo que le beneficiaba, cumpliendo con su obligación de buen consejo, informando de la oportunidad de regresar al RPMPD. Agregó en tal sentido que el formulario de afiliación de traslado, no tiene la entidad suficiente para demostrar la información que se le brindó a la demandante, siendo un formato prefabricado, así como la comunicación allegada al proceso, del diario de amplia circulación, que no es suficiente para determinar que la demandante, se enteró de manera personal y directa, que podía trasladarse al RPMPD, además en el interrogatorio de parte, no se logró una confesión, por el contrario, la demandante señaló que cada vez que se afiliaba a un fondo, solo le hablaban de rendimientos, pero en ninguna exploraron si le convenía o no. En ese orden de ideas, explicó que la condena era para cada una de las administradoras, por cuanto teniendo la oportunidad de brindar la información, no lo hicieron, siendo gestores de la declaratoria de

ineficacia. Concluyendo, frente a la excepción de prescripción que la acción de ineficacia al estar intrínsecamente ligada al derecho pensional, era imprescriptible.

## RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de PORVENIR, interpuso recurso de apelación, solicitó se revoque de manera integral la sentencia de primera instancia, para que en su lugar se absuelva de todas y cada una de las pretensiones, expuso para tal efecto, que la única y verdadera motivación de la demandante, es netamente económica, según la confesión contenida en el interrogatorio de parte, no siendo razón suficiente para estos efectos, más allá de una omisión en el deber de información. Señaló que la escogencia de régimen pensional, no tiene relación con la determinación del monto de la mesada pensional, y que la demandante con su afiliación suscribió un acto jurídico unilateral y se adhirió a las a las condiciones previstas al RAIS sin que exista un derecho subjetivo a una determinada mesada pensional. Frente a la afiliación, anotó que se probó, que fue de manera libre y voluntaria, no compartiendo la valoración hecha por el despacho frente al formulario de afiliación, toda vez que este manifiesta la voluntad inequívoca de la demandante de permanecer en el RAIS, realizando traslados horizontales, adicional a ello, señaló que el traslado se hizo con COLPATRIA que era una entidad totalmente distinta a PORVENIR en su momento. Enfatizó que, la accionante tenía la voluntad de permanecer en el RAIS, ratificada con los diferentes traslados. Consideró que se le impone a las administradoras una obligación que no estaba vigente al momento de la filiación, esto es en 1997, por tanto no es dable exigirle la obligación del buen consejo, y de doble asesoría, al no existir norma alguna vigente que así lo estableciera; por el contrario brindó la información a la que había lugar para la fecha, tan así que la demandante confiesa en el interrogatorio, que existió una asesoría, no de un solo fondo si no de 4, que estuvieron en la empresa, que lo que le llamó la atención fueron los rendimientos, respecto de las otras administradoras, que le hablaron de rendimientos, datos de colocación y la posibilidad de una pensión mayor conforme a sus rendimientos, como también manifestó que se le habló de la posibilidad de heredar la pensión, de acceder un monto mayor y realizar aportes voluntarios, de lo anterior afirmó, se podía concluir que tenía conocimiento del RAIS. Sumado año anterior, sostuvo que la demandante cuenta con estudios, que le permitían indagar, pasando por alto su obligación como consumidor financiero de informarse, cuyo desconocimiento no sirve de excusa, por lo que no es de recibo que hasta el 2017 indagara, por la posibilidad de conocer sobre su estatus pensional, puntualizando así, que esto evidencia la falta de diligencia y de cuidado por parte de la demandante. En cuanto a la ineficacia declarada, consideró que el artículo 13 y 271 de la ley 100 de 1993, regulan la ineficacia frente a una coacción a la afiliación libre y voluntaria, situación no

acreditada en este caso, ya que la afiliación fue de manera libre, no siendo dable darle una interpretación distinta a la norma, bajo estos presupuestos consideró que no se evidenció falta al deber de información.

Agregó que en el evento de confirmarse la sentencia, se revoque la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, siendo improcedente al no encontrarse frente a una nulidad, no siendo aplicable las restituciones mutuas, teniendo en cuenta que tales gastos tiene una regulación legal y una destinación acorde a la misma ley, no siendo dable que se ordene el regreso de los rendimientos, pero se desconozca a gestión de la administradora durante el tiempo en que estuvo afiliada al fondo y todas las gestiones que generaron rendimientos, sobre 2 veces el valor de sus aportes. Agregó que las sumas de los seguros previsionales, no son dineros que se encuentren en poder de su representada, al ser dineros trasladados a las aseguradoras, y que la demandante gozó de seguros frente a esas contingencias, no pudiendo ordenarse la devolución de las sumas cuando cumplieron la finalidad específica, teniendo en cuenta que si la demandante si hubiera permanecido al RPMPD también hubiera sido descontado este rubro por parte de RPMPD. Concluyó indicando que la prescripción si opera, toda vez que no hay una relación directa con el derecho pensional, siendo procedente contarse desde el año 1997, así mismo, debía aplicarse frente a los seguros previsionales.

La AFP SKANDIA, antes OLD MUTUAL, a su turno, interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia de instancia en lo referente a la devolución de gastos de administración, hacia el RPMPD, según las fechas indicadas, para lo cual argumentó que el artículo 20 literal b) de la ley 100 de 1993, estableció que existe un porcentaje destinado a financiar los gastos de administración, del RPMPD como del RAIS, en porcentaje de 3% , que la ley facultó a las administradoras a realizar el descuento, y a su vez ello generó obligaciones, como administrar la cuenta de ahorro individual del afiliado, garantizar una rentabilidad mínima de los fondos de pensiones y frente al sobreviviente y validez, poder financiar la pensión al afiliado. Así las cosas, teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda siendo la ineficacia, el efecto de esta es el regreso de las cosas al estado inicial, también lo es la restituciones mutuas y la buena fe de las administradoras, advirtiendo que siempre actuó de buena fe por el tiempo que estuvo suscrita la demandante, sumado a ello la comisión de administración está direccionada a retribuir actividades que desarrollan las entidades pensionales, dentro de las cuales se encuentra COLPENSIONES, por tanto, esa comisión no es del afiliado y no está destinada a la pensión de vejez, sino que es a favor de las administradoras, lo que significa que al trasladarlo a COLPENSIONES ocasiona un enriquecimiento sin causa porque está recibiendo un dinero del cual no realizo

ningún tipo de gestión y sería desconocer la naturaleza misma de las cuotas. Por otro lado, indicó, en caso de confirmarse la sentencia, solicitó sea solo a partir de que la sentencia quede ejecutoriada, que tenga la obligación de devolver dichos gastos. Concluyendo que se encontraba acreditado con las pruebas documentales que cumplió con generar una rentabilidad, no siendo procedente para que tenga que retribuir dicho dinero, sumado a ello se demostró que con el traslado a OLD MUTUAL no se generó un perjuicio, al no ser la entidad que realizó el traslado de régimen, y en la segunda ocasión ya se encontraba inmersa en la prohibición legal para no retornar a COLPENSIONES, generando un detrimento en su patrimonio.

Por s parte, COLPENSIONES apeló la decisión rogando sea revocada en su totalidad, teniendo en cuenta que la demandante hizo uso de su derecho de traslado pensional sin que se haya ejercido presión o coacción alguna que lleve a inferir a una nulidad o ineficacia, toda vez que su voluntad fue espontánea, voluntaria y libre, ya que como lo manifestó la demandante en su interrogatorio, se sentía satisfecha al permanecer al RAIS, incluso manifestó conocer las características propias que este que tenía, como rendimientos, aportes voluntarios y beneficios, tan es así que hizo uso de tales beneficios, abonado a ello no se encuentra que tuviera la voluntad de retornar al RPMPM, por ello precisó que debe aceptar las consecuencia que su afiliación al RAIS conlleva, incluso cuando no se cumplen las expectativas pensionales de la actora, máxime cuando en 1997 la demandante contaba con una mera expectativa frente a su derecho pensional, siendo improcedente hacer caer en error a la accionante, al mostrarle una proyección de su pensión, ya que tal derecho se encontraba en construcción, sin embargo, si se le informó sobre las condiciones de afiliarse al RAIS. Aunado a ello espero más de 10 años para presentar la ineficacia encontrándose ratificada su voluntad de permanecer al RAIS, saneando cualquier vicio en la afiliación con las administradoras. Añadió que se encuentra prescrita la oportunidad para reclamar e iniciar las acciones de nulidad o ineficacia, como de la rescisión de los contratos, término que es de 4 años, puesto que es un acto jurídico sujeto a prescripción.

## 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. solicitaron revocar la sentencia en todas sus partes y que como consecuencia se les absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la actora. De otro lado, el apoderado

de la demandante solicitó se confirme la sentencia. Los demás sujetos procesales guardaron 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].

[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

A folio 21 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 29 de julio de 1962, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 29 de julio de 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 28 se septiembre 2018 (Fl. 33), 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 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 cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, 161 semanas (fls. 196), 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 09 de mayo de 1997 (Fl. 40), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación al FONDO DE PENSIONES 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 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.

---

forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

En ese orden 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 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. 40), plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy 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 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 haya dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, la AFP demandada PORVENIR S.A., antes COLPATRIA, omitió en el momento del traslado de régimen (9 de mayo de 1997, fl. 40), 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 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 financiera o que haya riesgo de descapitalización, 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, 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 soportan 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 la demandante cuando se trasladó de régimen. De igual modo, se precisa, el hecho de que la actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP, 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 dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliado.

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

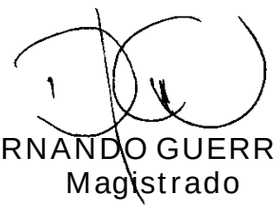
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

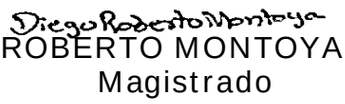
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA ELENA RESTREPO ORTIZ contra COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN. Rad 110013105-026-2019-00574-01

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 judicial de la parte accionada PROTECCIÓN contra la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 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 MARIA ELENA RESTREPO ORTIZ, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado en el año 2005 a la Administradora de Fondo Pensiones -AFP PROTECCIÓN; así mismo que, PROTECCIÓN realice su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD, que debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta pensional, a su vez, debe reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de sus aportes pensionales; que COLPENSIONES acepte su vinculación al RPMPD como si nunca hubieran existido traslados de régimen pensional, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de los cobros de administración; así mismo, se ordene a PROTECCIÓN devolver a Colpensiones, todos los valores recibidos producto de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, sin que haya lugar a descuentos ni deducción alguna ni por concepto de seguro de invalidez y sobrevivencia, ni por gastos de administración, que deben ser asumidos por las demandadas.

Finalmente, se declare y condene a que las demandadas deben reconocer las determinaciones asumidas en cuanto a lo ultra y extra petita y que deben ser condenadas en costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber laborado para diferentes entidades de naturaleza pública, efectuando sus aportes pensionales al ISS, desde 1985. En el año 2005, la AFP PROTECCIÓN contrató a diversos vendedores y asesores comerciales con el fin de captar trabajadores que se afiliaran a esta AFP; no obstante, estos vendedores y asesores solo se limitaron a llenar el formulario para que lo firmara sin ninguna asesoría digna, veras y clara; actuando de buena fe diligenció el formulario de afiliación, sin un profundo análisis de lo que estaba firmando pues por el afán de los vendedores no le permitieron si quiera leerlo, promoviéndola de manera equivocada a trasladarse de régimen pensional. Refiriendo que nunca tuvo pleno conocimiento de las implicaciones legales que tendría su derecho pensional, pues los asesores informaron solo respecto de los beneficios del traslado, entre otros el adquirir la pensión en un tiempo menor sin inferir en el monto de la mesada pensional del que podría recibir en el ISS, acto indebido por parte del asesor pues la indujo dolosamente a que firmara el documento de traslado. Indicó que los referidos asesores ante un acoso sistemático, le ofrecieron beneficios superiores a los que podría obtener en el ISS, al momento de la pensión, verbigracia, mesadas superiores en un lapso de tiempo inferior, entre otras, las cuales le resultaban difíciles de comprender las implicaciones del documento que firmaba; los vendedores carecían de conocimiento amplio, experto e idóneo en temas de seguridad social, por lo que la afiliación está viciada en un error insubsanable del conocimiento, razón por la cual no puede ser válida. Por lo anterior, su afiliación al RAIS se hizo por la indebida orientación del asesor de la AFP, que de forma fraudulenta la indujo con expectativas irreales respecto de su derecho pensional, acto indebido que la indujo dolosamente a firmar el documento exigido para realizar el traslado. Aunado lo anterior, los asesores no le efectuaron una simulación, proyección o cuadro comparativo respecto de la pensión de vejez que podría recibir en uno y otro régimen, siendo obligación de las administradores garantizar la legalidad de las actuaciones de sus asesores y empleados pues no le suministraron una información completa, comprensible, real, clara, precisa, veraz, objetiva y detallada sobre las ventajas y desventajas que acarrea el traslado de régimen, situación que constituye en omisión en su deber de información. Consecuentemente, se le informó que tenía la posibilidad de perder su derecho a pensionarse pues el ISS iba a desaparecer, contrario a esto debió suministrarle una información de buena y clara calidad más cuando se trata de temas fundamentales, como lo es la pensión de vejez, no obstante, faltó a la verdad y al buen consejo. De otro lado, su grado de escolaridad no exonera a la administradora de su obligación por brindar la adecuada información tendiente al RAIS, pues esta es una ley general, impersonal y por tanto no discriminatoria; en

cuanto al ISS, no realizó ninguna gestión que llevara a desvirtuar los argumentos de la AFP. Pese lo anterior, nunca suscribió ante Protección comunicación escrita sobre su selección del RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones, lo que lesionó su derecho a la libre escogencia. Como consecuencia de su traslado, se empobrece su poder adquisitivo pues la pensión que se le reconocería sería el equivalente a un 20% aproximado del valor que debería recibir en el RPMPD. Por lo anteriormente expuesto, el 24 de octubre de 2017 solicitó ante Protección la desvinculación del RAIS y el 08 de noviembre del mismo año, mediante derecho de petición, solicitó el retiro del RAIS, a su vez, radicó ante Colpensiones la afiliación al RPMPD, cuya respuesta fue negativa (Fls. 2 a 24 y 55 a 61).

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La AFP PROTECCIÓN, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, toda vez que, esta administradora tenía y tiene establecido un procedimiento de capacitación dirigido a los asesores, consistente en que puedan dar la información y herramientas necesarias y de esta manera la transmitan a los posibles afiliados que soliciten su traslado de régimen o de administradora, sobre las características propias del RAIS y del RPMPD, garantizando que los mismos toman la decisión con información objetiva, veraz, suficiente y oportuna. De esta manera, la demandante el 28 de marzo de 1995 suscribió el formulario, mediante el cual solicitó el traslado de régimen pensional de manera libre, voluntaria y sin presiones; tendiente al formulario de afiliación, este es ajustado a la ley por lo que contiene lo requerido por la misma, evidenciándose que se cumplió con las exigencias legales para tal fin, razón por la cual no se está frente a una ineficacia pues fue la misma actora quien actuó por voluntad propia, contando con toda la información que requería. Adicionalmente, la parte actora no hizo uso de su derecho de retracto, aun cuando esta AFP publicó avisos de prensa anunciando las restricciones de traslado por edad y año de gracia concedidos a quienes contaban con las condiciones requeridas para ello y dentro del caso bajo estudio, la actora el 01 de septiembre de 2008 recibió re-asesoría pensional donde se le informó sobre a respectiva simulación pensional, aceptando la afiliada continuar con esta AFP.

Finalmente, señaló que no se está frente a un vicio del consentimiento representado en la fuerza y mucho menos en el dolo, los cuales deben ser probados. Presentó como excepciones de fondo las de «Validez de la afiliación a Protección», «buena fe», «inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls.71 a 88).

La Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, del análisis descrito en la demanda, se colige que la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, que la elección del régimen se hizo de manera libre, espontánea y sin presiones. Además, el pretendido traslado no es válido pues carece del cumplimiento de los requisitos legales y jurisprudenciales, entre otras porque la protección del régimen de transición se extingue una vez el afiliado se acoge al RAIS o se traslada a él. Indicó, la declaratoria de nulidad se encuentra prescrita pues ha superado el tiempo legal impuesto para impetrar la acción, en consecuencia, no puede alegarse la nulidad, además porque no puede trasladarse un contrato de vinculación solo por el hecho de advertir con posterioridad inconformismo sobre las normas y lineamientos propios del RAIS. En cuanto a los vicios del consentimiento alegados por la actora, sostuvo, no han sido debidamente probados por la misma y el error sobre un puto de derecho no vicia el consentimiento pues debe demostrarse que las maniobras empleadas sean contrarias al orden social, la buena fe, la moral y las buenas costumbres y que ante la presencia de estas el sujeto no hubiera contratado. Por último, señaló que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa y la presunta falta de información por parte de las administradoras no puede ser considerada como un acto que amerite la declaración de dolo como vicio del consentimiento. Presentó como excepciones de fondo las de «Prescripción», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «presunción de legalidad de los actos administrativos» (Fls. 107 a 118).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante al RAIS, a partir de marzo de 1995; condenó a la AFP PROTECCIÓN transferir a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con los rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; así mismo, condenó a Colpensiones para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la actora.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que la Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral- ha sostenido que en los casos de nulidad debe analizarse, si el acto jurídico que generó el vínculo resulta o no eficaz, entendiéndose que para que se entiende que la decisión del afiliado fue libre y voluntaria, se debe determinar si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implica el traslado de régimen a su vez los beneficios que obtendría; es decir, que la entidad debe acreditar que garantizó una información debidamente informada que permita una

manifestación de voluntad autónoma y consciente, a contrario sensu esta manifestación sería cuando el prospecto afiliado desconoce la incidencia que pueda tener sobre sus derechos prestacionales ni puede considerarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica, por lo que desde el inicio corresponde a las administradoras dar cuenta de una información clara sobre los efectos que acarrea el cambio de régimen so pena de declarar la ineficacia. Así mismo, indicó que, conforme a la jurisprudencia laboral, desde su creación las AFP han tenido la obligación de brindar información a los afiliados o usuarios del Sistema Pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una información consciente y totalmente libre sobre su futuro pensional. En ese orden, sostuvo que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación es insuficiente, ya que se debe acreditar un consentimiento debidamente informado y el cual debe ser debidamente probado por el fondo de pensiones ante el cual se realizó el traslado inicial. En ese orden, advirtió que el fondo de pensiones PROTECCIÓN no acreditó la demandante haya suscrito el formulario de afiliación en virtud de un consentimiento debidamente informado, adecuado y completa respecto de las características propias del régimen de ahorro individual.

## RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la AFP PROTECCIÓN, apeló la decisión, pues a su juicio, los gastos de administración a los que esta administradora fue condenada a devolver, son un descuento que legalmente se hace, por lo que se actuó conforme a la ley; resaltando que durante todo el tiempo que la actora permaneció afiliada a Protección, se le administraron los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual de manera adecuada, gestión que se realizó con el mayor cuidado pues esta es una entidad financiera que se encarga de esta inversión de recursos propiedad de sus afiliados, que genera la cuenta de ahorro individual de la demandante. Aunado a lo anterior, las prestaciones brindadas no pueden desconocerse pues sin la administración no hubiese recibido los rendimientos a su cuenta de ahorro individual, no pudiendo devolver valores pues no hay causa legal ni jurídica para hacerlo, toda vez que se estaría desconociendo el trabajo que durante años esta administradora ha realizado, vulnerándole a su vez, su derecho a las restituciones mutuas y la igualdad de trato contractual, precedido de la buena fe. Por lo anterior, solicitó revocar la sentencia en este puntual aspecto.

## 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 COLPENSIONES alegó solicitando que se le absuelva

de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Los demás intervinientes guardaron 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].

[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".

A folio 49 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 09 de noviembre de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 03 de noviembre de 2017 (Fls. 33 y 34), ), 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 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 cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, 263 semanas (fl. 43), 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 28 de marzo de 1995 (Fl. 45 y 100), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a 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 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. 45), plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN, 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 PROTECCIÓN S.A.

En este orden de cosas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A., en su momento, omitió en el momento del traslado de régimen (28 de marzo de 2.000, fl. 45), 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 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).

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 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

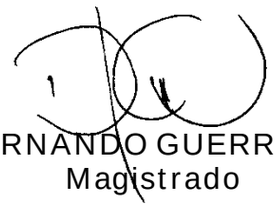
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

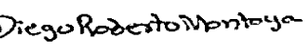
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA PATRICIA LADINO VIDARTE contra COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-024-2018-00539-01.

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 la demandada COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de febrero 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 MARIA PATRICIA LADINO VIDARTE, pretende que se declare la nulidad de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual -RAIS, con COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en consecuencia, se ordene su retorno al RPMPD, ordenando a COLFONDOS enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta pensional, reembolsando integralmente los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensiónales así como los aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración. El pago de 50 salarios mínimos de que trata el artículo 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1993, así como lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que ha prestado sus servicios como empleada en varias empresas del país, vinculándose desde el inicio de su actividad laboral al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el 23 de febrero de 1996, día en el que suscribió el formulario de afiliación y cambio de régimen

con la AFP COLFONDOS S.A. Que los vendedores o asesores de COLFONDOS no tenían un amplio, perito e idóneo conocimiento, en temas de seguridad social, de modo que su mala asesoría la indujo en error, tras afirmarles que con su traslado no perdería sus beneficios, y como resultado de ello fue afiliada al Régimen de Ahorro Individual, sin que ello constara por escrito ni previo aviso a la empresa donde laboraba como lo dispone el art. 128 de la ley 100 de 1993. Expresó que tal situación lesionó sus derechos a la calidad de vida, a la dignidad humana y al mínimo vital e irrenunciabilidad de los beneficios laborales empobreciendo su poder adquisitivo, habiendo podido recibir un 60% adicional, esto lleva consigo la sanción prevista en el inciso 1 del artículo 271 de la Ley 100 de 1983 por gestionar de manera engañosa el traslado. Que mediante petición presentada el 26 de marzo de 2018 a Colfondos S.A. solicitó aplicar el principio de irrenunciabilidad de los beneficios laborales, el principio de favorabilidad laboral y principio de irretroactividad, lo cual fue respondido de forma negativa por improcedente, simultáneamente, el 09 de marzo de 2018 solicitó a Colpensiones la afiliación al RPMPD, siendo negada igualmente (fls. 2 al 6).

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, excepto a aquellas dirigidas a una entidad diferente. Lo anterior, tras advertir que las peticiones carecen de soporte jurídico y fáctico y, pues no procede declarar la nulidad de un traslado entre regímenes atendiendo únicamente a la existencia de una expectativa legitima (régimen de transición), sin hacer previamente un estudio profundo de las circunstancias propias en que se realizó el traslado, y en la determinación de la información suministrada al afiliado para realizar su traslado, pues es este el factor determinante a estudiar. Que para el momento en que la parte demandante realizo su traslado al fondo privado, resultaría hipotético suministrar un cálculo frente a un posible monto pensional en tanto no se contaba con una densidad de semanas que permitiera a la administradora del RAIS, tener certeza de la veracidad de la información suministrada. Que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior al que se ha de recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando realizó su traslado, lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información. Como excepciones de fondo, formuló las de «buena fe», «el hecho de un tercero», «validez del negocio jurídico», «calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado», «prescripción» e «innominada o genérica» (fls. 45 a 47).

A su turno, COLFONDOS, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que los asesores de Colfondos brindaron a la

demandante una asesoría integral, por lo tanto, en el contrato suscrito no se halló ningún vicio que pudiera invalidarlo, así, la afiliación generó efectos jurídicos y por tanto las actuaciones de las administradoras se han regido a los presupuestos legales y han actuado de buena fe. Además, no encontró sustentado trasladar el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos toda vez que la afiliación fue válida y eficaz. Como excepciones de mérito, presentó 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», «ausencia de presupuestos para la configuración de la sanción prevista en el artículo 271 de la ley 100 de 1993», «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» (fls. 67 a 91).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de febrero de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a COLFONDOS, señaló que para todos los efectos legales nunca se vinculó al RAIS; ordenó a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo que tenga en su cuenta de ahorro individual al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración. Ordenó a COLPENSIONES a recibirla como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral, una vez reciba estos dineros de COLFONDOS.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, el traslado de régimen pensional debe estar precedido de información clara, completa, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de su situación pensional, advirtiendo sobre el deber de informar tanto lo favorable como lo desfavorable, y las consecuencias que tienen los traslados y que dicha omisión de la información trae como consecuencia la nulidad o ineficacia traslado; señalando que la carga de la prueba recae directamente en el deber de suministrar información por parte de la AFP que realizó la afiliación. Sin embargo, en este caso no se logró acreditar que a la demandante se le haya dado una información completa, clara y comprensible sobre ventajas y desventajas con todos los impactos y consecuencias que tenía el cambio del traslado de régimen; y la única prueba allegada fue el formulario de afiliación, lo cual no era suficiente para corroborar que efectivamente se le haya brindado al afiliado la debida información, que lo llevaría a tomar una decisión libre y adecuada, concluyendo así, que la demandante no fue

debidamente informada, teniendo en cuenta por demás que COLFONDOS se allanó a las pretensiones, lo que hacía admitir que omitió su obligación de información a la afiliada. Finalmente, en cuanto a la prescripción, concluyó que de acuerdo a lo consagrado en el art. 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho imprescriptible e irrenunciable y por tanto no estaba probada la excepción de prescripción.

## RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones interpuso recurso de apelación solicitando revocar la Sentencia proferida, indicando que si bien es cierto los reiterados pronunciamientos de la jurisprudencia permiten que un afiliado retorne en cualquier momento al Régimen de Prima media con prestación definida no habiendo toda su vida cotizado al Sistema puede esto poner en riesgo las pensiones de los demás cotizantes por descapitalización del Sistema. Por demás, se solicitó tener en cuenta la mala práctica por asesoramiento del fondo como quedó probado y por lo cual se realizó la manifestación de allanamiento del fondo, es este último quien debe responder por los daños y perjuicios, de modo que deberían ser quienes reconozcan la pensión. No obstante, si se confirma la sentencia de primera instancia pretende no ser condenada en costas puesto que el recurso se argumentó debidamente. Finalmente pidió autorizar a Colpensiones a realizar los trámites pertinentes, a resarcir los daños patrimoniales y económicos contra el fondo.

## 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 presentó alegatos de conclusión solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Los demás guardaron 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 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 27 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 18 de agosto de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLPENSIONES el 09 de marzo de 2018 (Fls. 323 y 25), 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 250 semanas de cotización (fls. 53 a 55), 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

[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".

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 23 de febrero de 1996 (Fl. 26), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la 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 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 COLFONDOS 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 (fl. 26) plasmado en el formulario de afiliación a hoy COLFONDOS 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 COLFONDOS S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen el 23 de febrero de 1996 (fl. 26), 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 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 COLFONDOS, podrá iniciar las acciones administrativas o judiciales que considere pertinentes.

Finalmente, 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.

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

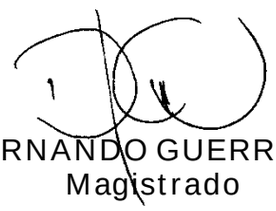
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por DANIEL FEDERICO VASQUEZ LABADY contra EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ- ETB S.A. E.S.P. Rad. 11001 31 05 013 2019 00165 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 contra la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 13 de noviembre de 2020.

## ANTECEDENTES

El señor DANIEL FEDERICO VASQUEZ LABADY a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ- ETB S.A. E.S.P., con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo, desde el 10 de noviembre de 2014, y el cual finalizó el 01 de abril de 2016, con ocasión a la renuncia provocada al actor con vicios del consentimiento; asimismo, se declare la ineficacia de la renuncia presentada. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada a reinstalarlo en el cargo que venía desempeñando o uno de similar o igual categoría sin solución de continuidad; se condene al reconocimiento y pago de los salarios dejados de percibir, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social que dejaron de efectuarse desde el día de la terminación del contrato hasta la fecha en que sea reinstalado; se condene al pago de los gastos de traslado desde Venezuela, asumidos por el demandante para ejecutar el contrato en Colombia, así como el daño

moral causado con ocasión a la renuncia provocada. Finalmente, solicitó se condene al pago de agencias en derecho y lo extra y ultra petita.

De manera subsidiaria, se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que en septiembre de 2014, inició un proceso de selección contractual de naturaleza laboral con la ETB S.A. E.S.P.; que previo la suscripción del contrato de trabajo vivía en Venezuela, laborando con la empresa ERICSSON VENEZUELA; que el día 24 de septiembre de 2014, le fue notificado en selección de personal SPENCER STUART, que había sido convocado a entrevista con el presidente de ETB y vicepresidente financiero; que el 18 de octubre de 2014, ETB le dio la bienvenida, y le indicó que la visa de trabajo sería tramitada por la empresa, razón por la cual para presentar sus servicios en la ETB, renunció a su cargo en CUSTOMER PROJECT MANAGER EXPERIENCE en la empresa ERICSSON VENEZUELA , y se trasladó a COLOMBIA, pero que la ETB no asumió los gastos de traslado de él y su esposa.

Manifestó que el 10 de noviembre de 2014, suscribió contrato de trabajo a término indefinido en la modalidad de salario integral, el cual ascendía a la suma de $22.111.870, para desempeñar el cargo de Vicepresidente de Infraestructura. Explicó que ETB se encontraba en un proceso de expansión el cual generó percances técnicos y operativos, razón por la que tuvo que laborar más de 12 horas diarias para la correcta ejecución de su cargo. Informó que en el mes de enero de 2016 se generó el cambio de administración, asumiendo como nuevo presidente el Señor JORGE CASTELLANOS RUEDA; aseveró que este inició una labor de acoso al personal miembros del comité de presidencia que estaban desde la administración anterior, calificando a las personas que tuvieron vínculos con la empresa ERICCSON, como corruptos por gestionar contrataciones irregulares para la adquisición de contratos.

Precisó que el 16 de febrero de 2016, fue convocado a reunión con los demás vicepresidentes, en donde el Señor EDUARDO CHARRY, les hizo entrega de un documento de referencia “renuncia”, que había sido previamente elaborado, y que les indicaron que en caso de no firmar, debían salir a reclamar la liquidación del contrato, y se les iniciaría una serie de investigaciones penales, disciplinarias o fiscales. Que al finalizar la reunión, el presidente de ETB, les informó que el anterior ejercicio era un experimento en el que buscaba ponerlos a prueba, razón por la cual con posterioridad a la reunión, continuó con la prestación de sus servicios con el mismo horario y sus mismas funciones.

Seguidamente, expuso que solicitó vacaciones del 04 al 16 de marzo de 2016, las cuales fueron aprobadas por el presidente de ETB; que el 1 de abril de 2016, la demandada decidió hacer efectiva la renuncia; que el 9 de mayo de 2018, pese a que la relación laboral había finalizado, fue citado al CTI Unidad de Delitos contra la administración pública, a rendir interrogatorio frente a los procesos de contratación realizados por la ETB. Concluyó que agotó la vía gubernativa el 18 de julio de 2018. (fls.2 a 14 y 84).

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que el contrato de trabajo terminó por renuncia libre, espontánea, y carente de cualquier vicio del consentimiento; por lo anterior, argumentó que no existe razón jurídica ni fáctica para considerar ineficaz la renuncia, y por el contrario solicitó se absuelva a su defendida. Destacó que no existe soporte fáctico, contractual ni jurídico, para que ETB pague gastos que nunca fueron estipulados o convenidos desde la etapa previa contractual y post contractual a cargo del demandante, como lo fue el traslado de Venezuela a Colombia, razón por la cual señaló que ETB no ha causado perjuicios de ninguna índole al demandante; asimismo, reiteró no hay lugar a indemnización por despido injusto. Propuso como excepciones, las de «renuncia voluntaria sin vicios del consentimiento ajustada a derecho», «inexistencia de causa para demandar», «cobro de lo no debido», «prescripción», «pago», «compensación», «actuación de buena fe por parte de la demandada», «inexistencia de la obligación de pagar indemnización moratoria perjuicios o costas procesales» y la «genérica». (fls. 88 a 108).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 13 de noviembre de 2020, declaró que entre la demandada y el accionante, a la fecha, existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 10 de noviembre de 2014, asimismo declaró que la renuncia presentada el 16 de febrero de 2016 es ineficaz, y como consecuencia ordenó la reinstalación del actor a la empresa, en el cargo que venía desempeñando o uno de igual categoría. Condenó a la demandada ETB a pagar los derechos laborales correspondientes al tiempo que estuvo retirado del servicio con las restricciones del salario integral, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento del pago, y condenó en costas a la demandada por haber sido vencida en juicio.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, resaltó que indistintamente de cómo haya sido ejecutada la labor del demandante, lo cierto es que este no fue apartado de su cargo en punto del cumplimiento o no de sus funciones, y que por lo tanto no se puede hacer referencia a un despido o un despido indirecto, pues lo que se advierte fue que ocurrió una renuncia sugerida o provocada por el empleador, sin que mediara consentimiento del trabajador, quien no fue autor de esa carta de renuncia que se encuentra a folio 59. Agregó que no se puede presumir que el accionante renunció como resulta de las endilgadas malas gestiones, como tampoco fue despedido, ni objeto de un proceso disciplinario, y que lo que se evidenció de los testimonios y las pruebas, fue que la empresa elaboró esas cartas de renuncia, por lo que indicó que no se puede tener este documento como una renuncia y menos como una renuncia donde medie su voluntad. Sumado a ello, a juicio del despacho, resulta ilógico que no se diera una aplicación inmediata de la aceptación de la renuncia, por cuanto ésta data del 16 de febrero de 2016, lo cual se acompasa con lo dicho por los testigos, ya que la aceptación de dicha renuncia es del 01 de abril de 2016.

Igualmente, dijo que se demostró que el 01 de abril de 2016, se realizó una reunión para verificar el presupuesto presentado por el demandante, y que de lo dicho por los testigos no se pudo inferir qué pasó en esa oficina; sin embargo, manifestó que no se puede obviar que se colige que en efecto no le aceptaron otra carta de renuncia presentada voluntariamente, sino que la carta que le fue aceptada fue que firmó el demandante, no habiendo voluntad, no siento el autor y existiendo presión; indicó que si bien es cierto no hubo un señalamiento expreso y específico frente al demandante, estos señalamientos fueron dirigidos a quienes estaban presentes en la reunión, y como se puede advertir que el señor Castellanos era el presidente y tenía el poder subordinante frente al demandante y aprovechándose de ello.

Aunado a lo anterior, agregó que la renuncia fue aceptada con mes y medio de diferencia a la presentación a pesar de que el comunicado decía que era de manera inmediata. Bajo este escenario resaltó que en el evento de la pasiva estar inconforme con el desempeño del trabajador, que esa no era la vía adecuada para finalizar la relación laboral, y que además tampoco se acreditó que el actor por el tema de presupuesto se le hubiera iniciado un proceso disciplinario. Adujo que existió vicio por parte del actor en la presunta renuncia voluntaria en la que se basó la terminación de la relación laboral, pues fue obtenida por el empleador mediante presión, razón por la cual resulta ineficaz, siendo la consecuencia la reinstalación del demandante, como quiera que a juicio del despacho las palabras con las que se dirigió el señor Castellanos constituyen presión, no permitiéndoles presentar una carta diferente, solo conminándolos a firmar un formato preimpreso.

Explicó que la renuncia estuvo afectada por vicios del consentimiento, y que la conclusión lógica y legal, es que el contrato debe ser restituido al mismo estado que se hallaría de no haber existido el acto viciado de nulidad, y que por lo tanto esa restitución supone el restablecimiento del contrato de trabajo, caso contrario al despido sin justa causa, el cual no contempla el reintegro y produce un efecto extintivo del contrato generando el derecho a la indemnización tarifada; de lo anterior, concluyó que la renuncia adolece de consentimiento, siendo un acto nulo, por ende el demandante tiene derecho a ser restituido, lo que permite concluir que el contrato no finalizó a consecuencia de la renuncia, por tanto este se encuentra vigente.

Frente al pago del traslado para ejecutar el contrato de Venezuela a Colombia, indicó que no hay lugar al pago, por cuanto no se probó que las partes hubieren pactado tales rubros. En cuanto a los perjuicios morales, no se probó que esta situación le hubiera generado un grave detrimento económico, psicológico o moral, por tanto, tal pretensión no tiene prosperidad. Finalmente, en lo concerniente a la excepción de prescripción, la declaró no probada, toda vez que la presentación de la demanda fue impetrada dentro de los 3 años siguientes a la causación del derecho.

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la providencia, el apoderado judicial de la parte demandante apeló la decisión, frente a dos puntos específicos: la absolución por gastos de traslado y por no haber condenado a la demandada al pago de perjuicios morales.

En lo referente a los gastos de traslado del demandante, consideró que pagar los gastos razonables de traslados de un subordinado, es una obligación objetiva, de conformidad con el artículo 57 numeral 8 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual establece tal obligación cuando haya hecho cambiar de residencia al trabajador, y que el empleador solo podrá exonerarse del pago cuando se esté en presencia de unja terminación por culpa imputable a su subordinado; además agregó que no es necesario pactarlo, al tratarse de una obligación legal. Así entonces, señaló que el demandante no está en las excepciones para que no le paguen esos gastos, teniendo en cuenta que la ETB hizo los trámites de su visa de trabajo y que quedó demostrado que se realizó el traslado desde Venezuela, lo cual se acompañó del material probatorio, como quiera que allegó prueba de la cifra que tuvo que pagar por cuantía de $12.000.000.

El segundo punto de apelación fue respecto del daño moral, argumentó que el contrato se debe ejecutar de buena fe, ello significa que el trabajador debe cumplir

dos deberes principales, fidelidad y obediencia, y por su parte el empleador actuar de buena fe y cuidar a sus trabajadores; por lo anterior, solicitó que a la luz del artículo 280 del Código General del Proceso, se analice la conducta de la accionada en el juicio, pues si bien es cierto que el restablecimiento de contrato de trabajo resarce el daño patrimonial, consideró que erró el juzgado al considerar que no se demostraron los daños morales, existiendo una confusión del tipo de daño. Puntualizó que se puede inferir razonablemente un actuar dañino del empleador, siendo necesario demostrar la conducta reprochable al momento de terminar el contrato, pues si bien el trato no fue grosero, lo cierto es que si fue categórico; por ejemplo en el contexto de la firma de la carta y de las amenazas cumplidas con una denuncia penal al que actualmente el actor se encuentra vinculado, siendo conductas tendientes a hacer daño. Concluyó indicando que a su juicio si existió una lesión en el aspecto inmaterial de excesiva presión, siendo el daño no solo una afectación física a un trabajador, sino que se deben analizar las particularidades del caso, a fin de conceder una reparación económica ejemplar.

A su turno el apoderado judicial de la demandada EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., presentó recurso de apelación, solicitando sea revocada la decisión de instancia en todo aquello que le resultó desfavorable a su representado. Consideró que no existe mínima prueba de ningún tipo de vicio de consentimiento o coacción, ya que no hubo presión, error o fuerza insuperable. Señaló que no se tuvo en cuenta el testimonio convocado por la demandada, como lo fue la gerente financiera de entonces Diana Varón, y que no comprende por qué el Juzgado les dio más credibilidad a unos testigos que a otros. Indicó que la testigo Diana Varón, expresó que la carta de renuncia podían o no firmarla, siendo clara que a nadie se obligó a esto; concluyendo que esa renuncia fue firmada espontáneamente por quienes estaban presentes en la reunión del 16 de febrero de 2016, siendo clara la manifestación de la testigo, de que no había una engaño por parte del presidente.

Anotó que, al estar descartada la presión o vicio del consentimiento debido a la pésima gestión del demandante, la ETB no inició proceso disciplinario al ser un vicepresidente con altas responsabilidades, no siendo fuera de lo natural que presentara su renuncia voluntaria. Adujo que lo único medianamente parecido a una coacción por parte del presidente, fue poner en conocimiento de las autoridades de tal situación, pero que sin embargo, la presentación de las denuncias, se hizo pese a que firmaron las cartas de renuncia, no siendo viable el argumento que si no la firmaba se iniciaban investigaciones penales. Manifestó que lo que hacía el presidente

era exigir resultados más no los coaccionó en ningún momento. Agregó que nadie trató de modificar la carta, pero que eso no significaba que no hubiera sido posible. Frente a la fecha de aceptación de la renuncia, consideró que el presidente no tenía que aceptarla inmediatamente, lo que a su juicio fue buena señal de la actitud del mismo.

Insistió en que el Juzgado, tuvo por probados aspectos sin estarlo, ya que existen investigaciones ante la fiscalía, en procesos de responsabilidad fiscal, además de demandas contencioso administrativas, no habiendo lugar a procesos administrativos al ser obligación jurídica de la compañía. Igualmente, consideró que la insuperable coacción tiene que ser efectiva y no puede ser sobre cualquier conducta para que la voluntad del trabajador sea afectada, debiéndose probar dicha coacción, evento que a su juicio no se logró con los testimonios.

## 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 los presentes alegatos:

El apoderado de la demandada ETB S.A. E.S.P., se ratificó en su apelación, señalando que la renuncia del demandante no fue provocada ni inducida, y que los actos del presidente de la Compañía no fueron eficientes ni suficientes para determinar que la dimisión fue presionada.

Por su parte, el apoderado del actor, solicitó sea confirmado el fallo en sus numerales primero a cuarto. Y en cuanto a las peticiones no concedidas, insistió sea reconocido a su representado lo concerniente a los perjuicios morales al considerar que sí se encuentran probados, y al pago de los gastos en que incurrió en trasladarse desde Venezuela a Colombia, por valor de $12.000.000.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer la eficacia de la renuncia firmada por el accionante. Igualmente, se estudiará si hay lugar o no, a condenar a la demandada por el pago de gastos de traslado en que incurrió el demandante desde Venezuela a Colombia, por valor de DOCE MILLONES DE PESOS ($12.000.000); y por último, establecer si se deben reconocer y pagar perjuicios morales, con ocasión de la finalización del contrato de trabajo entre las partes.

## 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 10 de noviembre de 2014 a 1 de abril de 2016, el cual finalizó por renuncia del actor, 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.

Es preciso señalar que, como es bien sabido y según el principio de la carga probatoria, corresponde a quien es demandado en calidad de empleador por incumplimiento de obligaciones a su cargo, contraprobar las omisiones que niega que, al no desvirtuar, se dan por ciertas. De igual forma, que los hechos declarados que no tengan esta característica de negaciones indefinidas son susceptibles de probarse por quien los interpela y que al hacerlo asume tal carga, por lo cual deviene la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persiguen.

Descendiendo al caso concreto, se aprecia para tal efecto que el demandante aportó documento a folio 59, fechado 16 de febrero 2016, el cual refiere la renuncia a su cargo de Vicepresidente de Infraestructura a partir de esa fecha, y, asimismo carta de aceptación de renuncia del 1 de abril de 2016, suscrita por el presidente de la demandada Sr. Jorge Hernán Castellanos Rueda (fl. 60).

Igualmente, se recepcionan los testimonios de los señores: DIANA YANETH BARÓN QUIROGA, LUIS IGNACIO BETANCOURT CORREA, CARLOS ALBERTO GÓMEZ y EFRAÍN MARTÍNEZ MONROY, quienes manifestaron lo siguiente:

- DIANA YANETH BARÓN QUIROGA: Manifestó conocer al demandante porque trabaja para la accionada ETB, en la actualidad es vicepresidente financiera desde hace 4 años, se vinculó el 20 de enero de 2016, y fue nombrada vicepresidente encargada el 3 de febrero de 2016. Señaló que para la época el presidente de ETB era el señor Castellanos, que con él realizaban reuniones de presidencia semanales, que a la primera a la que asistió fue el 3 o 4 de febrero de 2016, y que estuvo presente en la reunión realizada el 16 de febrero de ese mismo año. En cuanto a lo ocurrido en dicha reunión, indicó que el señor Castellanos, citó a los vicepresidentes y otros funcionarios, a esa reunión como un llamado de atención, y para alinearlos con las necesidades de

la compañía, para que pudiera salvarse ya que estaba sumida en una crisis generada por administraciones anteriores, deteriorada y sin caja; que la reunión fue de aproximadamente dos horas y media, y que mientras el señor Castellanos les habló de temas éticos y de sus responsabilidades, el gerente de Recursos Humanos señor Eduardo Charry, les entregó cartas de renuncia diligenciadas a todos los presentes, y les indicaron que si querían podían firmar y los que no querían no lo hicieran; señaló que recuerda que el Señor Mauricio Vasco quien era auditor de la compañía, no firmó en ese momento, pero que ella sí firmó, ya que consideró que al ser un cargo de libre nombramiento y remoción, en cualquier momento podían elegir otra persona, entonces le pareció normal. Manifestó que el ejercicio de las firmas quedó con pleno efecto, puesto que eran cartas serias y no fueron revocadas. Informó que el auditor que fue el único que no firmó, aproximadamente 1 mes después, dejó de laborar para la compañía. Que luego de esa reunión se siguieron realizando reuniones semanales, pero que el tema de las renuncias no volvió a ser tocado. Añadió que en los tres meses siguientes a dicha reunión, los señores Jaime Andrés, Daniel el demandante, Pablo Gómez y Luis Betancourt, salieron de la empresa, y que el señor Carlos Graham también salió pero en otras condiciones, bajo un despido con justa causa. En el caso particular del actor, indicó que la situación financiera de la compañía era muy grave, por lo que les pidieron a las vicepresidencias vigilar su presupuesto, a fin de reducirlos; que Daniel salió a vacaciones y volvió el 30 de marzo aproximadamente, y que la primera semana de abril volvieron a reunión con presidencia, y se llevaron la sorpresa que mientras otras vicepresidencias habían presentado ahorros, la vicepresidencia de Daniel no solo no las redujo sino que las aumentó, y que ante esto el Sr. Castellanos, se molestó sorprendido por su falta de compromiso y entendimiento, y le pidió que saliera con él a su oficina; señaló no saber qué pasó después puesto que ella siguió en la reunión, y a la media hora llegó Efraín, que fue quien le hizo las vacaciones a Daniel, el cual reportó una reducción de presupuesto importante; que después se enteró que Daniel ya no estaba en la compañía pero desconoce las razones. Dijo que el Sr. Castellanos nunca tuvo gritos con Daniel, que no lo amenazó para que suscribiera la renuncia y que no les habló de consecuencias en caso de no firmar. Finalmente, señaló que a Daniel no le iniciaron proceso disciplinario.

- LUIS IGNACIO BETANCOURT CORREA: Señaló conocer al demandante desde 2015 o 2016, cuando entró a ocupar el cargo de vicepresidente comercial en la ETB. Manifestó que estuvo presente en la Junta celebrada el 16 de febrero

de 2016, y que también se encontraban los señores Jorge Castellanos, Eduardo Charry, Carlos, Diana Barón, Carlos Graham, Carlos Gómez y el auditor. Dijo recordar que el señor Castellanos, les habló de la situación financiera de la administración anterior de la cual eran parte; les dijo que habían generado una debilidad funcional y que era necesario hacer unos cambios importantes, por lo que los invitó a firmar carta de renuncia la cual fue entregada por Eduardo Charry. Que dichas cartas decían que estaban renunciando voluntariamente, y que si no las firmaban habría unas investigaciones y que debían estar preparados para lo que fuera. Dijo que solo una persona no firmó porque estaba próxima a jubilarse, pero que los demás si firmaron, ante lo cual el Sr. Castellanos, dijo que los estaría llamando uno por uno, para ver a quienes les aceptaba esa renuncia. Señaló que no fueron presionados, pero que si se vieron obligados a firmar para evitar las investigaciones que les dijeron iban a iniciar, además que el presidente les dijo que si no firmaban no eran leales con la empresa y con el distrito que pretendían formar. Afirmó que de acuerdo a 3 miembros del empalme, la compañía y los negocios estaban bien, y que no tuvieron ningún reparo. Dijo que el Sr. Castellanos, siempre los llamó corruptos por haber trabajado con la administración anterior, y para la firma ERICSSON VENEZUELA, indicándoles que era una de las firmas más corruptas a nivel mundial. En lo atinente a las acciones legales que les dijeron en esa reunión, manifestó que se iniciaron a 1 o 2 de los otros asistentes, pero que desconoce el estado en que se encuentran. Agregó que el día de la reunión, Daniel debía presentar su presupuesto, y en plena presentación, el Sr. Castellanos en un momento de rabia, le pidió a Daniel que se fuera a su oficina, y a los 5 minutos entró diciendo que ya el demandante no trabajaba para la compañía, porque el necesitaba era gente leal. También manifestó que en dos oportunidades pudo ver que el presidente se dirigió a Daniel con presiones y amenazas, y que esto fue el 16 de febrero día de la reunión, y 1 de abril de 2016, día en que Daniel iba a presentar su presupuesto y le pidió que se fuera del comité. Que la amenaza de suscribir la carta o los investigarían, fue contra todos los vicepresidentes presentes, incluido Daniel. En cuanto a su desvinculación, dijo que ocurrió el 4 de abril, cuando el Sr. Castellanos, le endilgó la culpa de unos contratos mal manejados que él no había firmado, y que nuevamente le indicó que iba a investigar a todos los de la administración anterior, ante lo cual el testigo señaló que se sentía muy mal trabajando con el Sr. Castellano, y le entregaron la carta de aceptación de renuncia con fecha 16 de febrero de 2016. En lo atinente a la vicepresidencia de infraestructura, dijo

que sabía que Daniel debía sacar adelante unos proyectos nuevos e incrementar el tendido de fibra, pero al no ser su área no conoce más.

- CARLOS ALBERTO GÓMEZ: Dijo conocer al demandante, puesto que trabajó en la ETB como Vicepresidente de Hogares y Personas desde octubre de 2012, y que el actor entró en septiembre de 2015 más o menos. Adujo que trabajó para la demandada hasta el 18 de febrero de 2016. En lo que tuvo que ver con el comité de presidencia, dijo que este fue convocado por el Sr Castellanos, que después de una introducción les informó que les estregarían unas cartas que habían sido preparadas por el gerente de gestión humana de la compañía y que la expectativa era que se firmaran dichas cartas de renuncia como parte de demostrar el nivel de compromiso con la nueva administración de la compañía, ya que las personas que se negaran podrían estar sujetas a investigaciones de tipo disciplinario y penal, que el demandante se encontraba presente en la reunión, y que aunque no hubo comentarios directos en contra de la carta de renuncia, si se les informó que quien no firmara iba a ser sujeto de investigaciones, lo que a su parecer sí constituía una amenaza y presión. Que otros presentes eran el comité directivo, todos los vicepresidentes, secretaría general, el auditor corporativo, Pablo Gómez, Juan Cortina, Carlos Graham, Luis Betancourt, la vicepresidente financiera, el vicepresidente de gestión humana y el auditor Mauricio Vasco. Señaló que el auditor por su edad, no firmó la carta de renuncia, y se le pidió que se retirara; que una vez firmadas las renuncias, el presidente manifestó que se trataba de un experimento social o cultural, que quería hacer y les agradeció haber firmado las cartas, manifestándoles que hacían parte de la elite del país y que deberían estar agradecidos por sus cargos. En lo referente a su retiro, indicó que fue el 18 de febrero, que recibió una llamada de la asistente de la compañía quien le indicó que debía ir a la oficina del presidente, que una vez allá, este le dice que decidió hacer efectiva su carta de renuncia, dado que no podía confiar en su criterio personal. Agregó que el empalme había demostrado evolución en los proyectos y dejó comentarios positivos, sin embargo, que desde que el presidente había llegado a ETB, se dirigía a ellos de manera desobligante y de forma despectiva a la administración anterior y a las calidades de los profesionales, afirmando que la compañía no era viable, y que necesitaban un socio estratégico. Adujo que nunca pensó que esas cartas las fueran a ejecutar, que todos creyeron que se trataba de un ejercicio y fueron tomados por sorpresa, y que el presidente lo había hecho para saber si le tenían fidelidad o si estaban de acuerdo con la nueva administración; en el caso del demandante, dijo que no considera que este quisiera renunciar puesto que llevaba 8 meses llegando de Venezuela.

Informó que no tuvieron posibilidad de cambiar la carta ni de agregar o desistir de dicha renuncia. En cuanto al proceso penal, dijo que sabe que a Daniel lo involucraron, pero que solo fue citado a audiencia preliminar. Afirmó que a otros vicepresidentes como Jaime García, Juan Cortina y Carlos Graham, también les sucedió lo mismo, es decir, les hicieron efectiva la carta de renuncia, y fueron desvinculados de la compañía más o menos a la misma época, menos Carlos Graham que salió en octubre de ese año. Recordó que las referencias que hacia el presidente, eran en contra de la administración anterior, no una persona específica, salvo el 16 de febrero, donde habían comentado que había despedido al gerente de compras y al vicepresidente financiero, y que él se iba a encargar de solicitar las investigaciones penales y disciplinarias. Insistió en que considera que hubo presión, al reiterarles que quien no firmara la carta de renuncia, el mismo se encargaría de realizar investigaciones penales en su contra.

- EFRAÍN MARTINEZ MONROY, dijo conocer al actor, pues fue su jefe inmediato en la ETB, por un año aproximadamente, que trabaja en ETB desde el 2 de julio de 1998, que para la fecha de la desvinculación del actor, tenía el cargo de Gerente de Planeación y Gestión de Proyectos. Indicó no conocer los detalles de la desvinculación del actor, y que no recuerda sí asistió a la reunión del 16 de febrero de 2016. En cuanto al proyecto DATACENTER, manifestó que se empezó a mediados de 2015, que los contratos que se firmaron fueron entre junio y septiembre de ese año, y que durante el avance empezaron a reportar problemas de un proveedor el cual consistió en una demora en la obtención de licencia de construcción a final de 2015 y comienzos de 2016 y que el proyecto empezó a verse en peligro; que Daniel era el vicepresidente facultado pero no era quien estaba a cargo directamente, por lo que delegaba la función a unos superiores del contrato, formalmente si era el responsable de la ejecución. Adujo que el abandono de la obra DATACENTER, se produjo más o menos para mediados de febrero, ya que se había congelado el proyecto y dejo de ir el personal que ejecutaba la obra, dijo que fue un proyecto fallido y que hubo que cerrarlo, y que el costo para la compañía fue de unos 62 mil millones de pesos, de los cuales no todos se alcanzaron a facturar, se pagarían en total unos 15 mil. Señaló que al demandante no le fue iniciado ninguno disciplinario porque los hallazgos de ese proyecto fueron con posterioridad a su desvinculación. Afirmó que por parte de Sr. Castellanos al actor, había una presión, una exigencia especialmente en lo referido al presupuesto; que Daniel nunca le comentó intención de renunciar, que sí le habló de las dificultades

que habían y que eran retadoras, pero nunca les manifestó intención de desvincularse de la compañía.

Abonado a lo anterior, se recepcionó el interrogatorio de parte al demandante DANIEL FEDERICO VASQUEZ LAVADI, el cual informó comenzó a trabajar para ETB el 10 de noviembre de 2014, hasta el 1 de abril de 2016; que conoció al Señor Castellanos porque llegó como presidente de ETB, desde el 1 de enero de 2016, y que coincidió con este, por 3 meses. Señaló que socializó con el Sr. Castellanos 1 vez por semanas por reuniones de disciplina y al menos unas 3 reuniones adicionales de seguimiento. Informó que habían 6 vicepresidentes, y que todos fueron citados el 16 de febrero de 2016, fecha en que se inició la reunión con una exposición, donde el presidente les comentaba como la empresa era inviable como estaba planteada, pero que en función de su acción inmediata, repartiría cartas de renuncia con el nombre de cada vicepresidente, y que si no firmaban las cartas estarían expuestos a averiguaciones sobre los manejos administrativos; que luego de eso, entró Eduardo Charry, y que les entregó esos documentos. Afirmó que para el no era una opción firmar, como quiera que estaba recién llegado a Colombia, y los resultados del año anterior habían sido muy buenos; recordó que después de recoger las cartas firmadas, el señor presidente, les dijo que lamentaba hacerlos pasar por ese experimento social pero que lo hacía para medir el nivel de lealtad y compromiso con la organización, indicándoles que podían continuar con sus labores. Agregó que le Señor Mauricio Vasco, por su edad y experiencia, había manifestado que él no iba a formar esa carta y que entonces lo indemnizaran; que todos los presentes creyeron que esa carta no surtía efectos pero no fue así. Después de esa reunión, dijo que continuaron trabajando normal, con reuniones semanales, y que le tema de las renuncias no se volvió a tocar, hasta el 1 de abril, cuando regresó de unas vacaciones que le había autorizado presidencia, y que al revisar el presupuesto del año 2016, y sin incrementos, al presidente le pareció inadmisible porque no hubo una reducción, y reaccionó de forma violenta, suspendiendo la reunión y llevándolo a su oficina, donde sin mediar explicación finalmente le expresó que le aceptaría la renuncia que había firmado el 16 de febrero. Concluyó que esta misma situación se presentó con los vicepresidentes Pablo Gómez, Luis Betancourt, Carlos Gómez y Luis Cortina, en iguales condiciones.

En este contexto fáctico y probatorio, a pesar de que se encuentra demostrado que el 6 de febrero de 2016, el demandante suscribió carta de renuncia a su cargo de Vicepresidente de Infraestructura de la ETB, este concentra su reclamo en la ineficacia del mismo, señalando que nunca tuvo la voluntad de renunciar, y que este hecho es atribuible a su empleador, quien fue el que elaboró las cartas de renuncia.

Por su parte, la ETB, aduce que la renuncia fue presentada por el demandante de manera voluntaria, sin que mediaran vicios del consentimiento, por encontrarse irregularidades en el manejo de su vicepresidencia.

Así entonces, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha señalado que la renuncia de un trabajador a su empleo debe ser un acto surgido de su exclusiva y libre voluntad, la cual debe ser manifestada de manera natural y voluntaria, ajena a toda injerencia o intromisión indebida por parte del empleador. Por ello, ha precisado a través de Sentencia de abril 9 de 1986, radicación N° 69:

> «Renuncia es la dejación espontánea y libre de algún bien o derecho por parte de su titular. No puede ser un acto sugerido, inducido, ni mucho menos provocado o competido por persona distinta de su autor. Entonces, quien dimite de un empleo tiene pleno derecho para redactar a su libre albedrío la comunicación correspondiente, sin que su patrono pueda interferir la manifestación prístina del renunciante, porque, si así lo hace, ya no habrá la espontaneidad esencial en cualquier dimisión sino una especie de orden que el empleador le imparte al subalterno suyo para que se retire del servicio.
>
> La renuncia pedida o insinuada en los términos de su presentación por aquél que debe resolver sobre ella no es renuncia verdadera sino apariencia simple de una dimisión que, por consiguiente, no es equiparable jurídicamente a un retiro voluntario del servicio por parte del empleado cuando se trata de esclarecer las circunstancias en que terminó un contrato de trabajo».

De lo anterior, se puede concluir que la renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del cargo que viene desempeñando, lo que implica que para que la renuncia sea válida, debe mediar la voluntad del trabajador de apartarse del servicio y de su empleador, y esta manifestación de voluntad debe estar libre de presiones y espontánea.

En ese sentido, se tiene que, de conformidad con la normatividad y jurisprudencia aplicable, la renuncia es un acto formal, respecto del cual la voluntad se constituye en un elemento esencial que no puede encontrarse viciado por algún tipo de presión, coacción o engaño.

Consecuente con lo manifestado, en sentencia SL 1352 de 2020, esa Alta Corte identificó las diferencias entre la renuncia inducida y el despido indirecto, al indicar:

> «Debe precisarse inicialmente, ante la evidente confusión del Tribunal, que los conceptos “renuncia inducida o sugerida” y el “despido indirecto o auto despido”, son totalmente independientes y con caracteres bien definidos.

> En el primero de los eventos señalados, la libre y espontánea voluntad del trabajador encaminada a obtener el rompimiento del vínculo contractual, a que debe obedecer toda renuncia, se encuentra viciada por actos externos, tales como la fuerza o el engaño. Actos que, como se ha dicho, cuando provienen del empleador lo constituyen en el único responsable de los perjuicios que la terminación contractual cause al trabajador, como verdadero promotor de ese rompimiento (sent. mayo 31 de 1960, G.J. PAG. 1125). No se requiere, en este caso, que a la terminación del contrato el trabajador manifieste los verdaderos motivos que lo inducen a renunciar; pero, en el eventual proceso sí tiene la carga de demostrar que su voluntad estuvo viciada al momento de romper el vínculo contractual por una cualquiera de estas conductas asumidas por el empleador.
>
> (...)
>
> En ambos casos, como es el trabajador quien exterioriza una voluntad dirigida a finiquitar la relación contractual, es quien corre con toda la contingencia de demostrar, o que su real voluntad se vió afectada por actos externos y eficientes de su empleador tendientes a obtener su dimisión y que, por lo tanto, es el verdadero gestor de la terminación de contrato, caso en el cual se estaría frente a una renuncia inducida o constreñida; o que, su empleador incurrió en cualquiera de las causales de terminación del contrato contempladas en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, señaladas en la carta de renuncia.»

A su vez la sentencia SL 3089-2014, señaló como efectos de la renuncia sugerida lo siguiente:

> «Sobre los efectos de la renuncia presentada con vicios del consentimiento:
>
> Asentó en dicha oportunidad esta Corte:
>
> (...)
>
> De lo anterior fluye que la renuncia presentada como resultado de la irresistible presión ejercida por el empleador, es una declaración de voluntad que adolece de un vicio del consentimiento , por tanto no ha de producir efectos ; es decir, para ser más exactos en esta oportunidad, conforme al artículo 1740 del CC, el acto es nulo y, al ser declarada judicialmente nula la renuncia, en los términos del artículo 1746 ibídem, las partes tienen el derecho «para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo...», lo que equivale concluir que el contrato de trabajo no finalizó a consecuencia de la nulidad de la renuncia.»

Descendiendo al sub judice, se evidencia del interrogatorio rendido por el accionante y los testimonios absueltos por Diana Janet Barón Quiroga, Luis Ignacio Betancourt Correa y Carlos Alberto Gómez, que el 16 de febrero de 2016 en desarrollo de comité

de presidencia, el presidente de la demandada Jorge Hernán Castellanos Rueda, luego de una exposición de los problemas e inconvenientes al interior de la empresa, ordenó al Señor Eduardo Charry, para que les hiciera entrega de cartas de renuncia a cada uno de los presentes. Al respecto, los testigos, a excepción de Diana Barón Quiroga, señalaron que fueron constreñidos para firmar dichas cartas, al exponerles la amenaza de iniciar investigaciones de tipo penal y disciplinario en contra de cada uno de ellos, en caso de que hicieran oposición a firmar. Además, señalaron que al finalizar la reunión, el presidente Sr. Castellanos, les indicó que lo acontecido obedecía a un ejercicio social a fin de medir la lealtad y compromiso de cada uno con la nueva administración, que todos creyeron que esas renuncias no serían válidas y no se harían efectivas, y continuaron trabajando tranquilos, hasta el 18 de febrero de 2016, fecha en que empezaron a aceptar las renuncias suscritas en comité del 16 de febrero. A su vez el testigo Efraín Martínez Monroy, manifestó que el demandante nunca le expresó la voluntad de renunciar, pues acababa de llegar a Colombia desde Venezuela, con su familia; igualmente éste señaló que aunque no presenció acoso por parte del presidente Sr. Castellanos en contra del demandante, considera que sí existía una presión sobre DANIEL VASQUEZ LABADY, por temas de la vicepresidencia y del presupuesto.

De otro lado, la testigo Diana Janeth Barón Quiroga, quien actualmente continua laborando en la accionada y para la fecha del 16 de febrero del 2016 llevaba un mes laborando, señaló que en el comité de presidencia de esa fecha, el Presidente mostró preocupación por la situación de la compañía manifestando que era inviable, haciendo énfasis en el compromiso que solicitaba de los vicepresidentes siendo, en ese escenario, que hizo ingresar a Eduardo Charry como Gerente de Talento Humano para presentarles las cartas de renuncia en pre formato, y que estas serían un compromiso con la empresa, sin presionar o engañar. Resaltó que, a todos los presentes en la reunión con excepción de ella, les hicieron efectiva la renuncia, pero en diferente fecha.

De la comprobación de los elementos de convicción incorporados a juicio y relacionados de manera precedente, innegable resulta confirmar la sentencia de primera instancia, en tanto se advierte la inexistencia de aquella expresión libre, espontánea y veraz en la dejación del cargo por DANIEL VASQUEZ LABADY, en tanto permiten concluir que la rúbrica impuesta a la misiva adosada a folio 59 del plenario, lo fue por las apreciaciones realizadas por el Presidente de la compañía que, en la génesis de la conversación, implicó la búsqueda de un compromiso con la nueva gerencia, pero en manera alguna la terminación de la relación contractual.

Así las cosas, se evidencia que la demandada al hacer efectiva la renuncia suscrita por el trabajador VASQUEZ LABADY, con posterioridad a la reunión en la cual les indicó que dicho documento era parte de un ejercicio social, no solo denota la mala fe de la demandada, sino que conlleva a dar por demostradas las pautas jurisprudenciales traídas a colación anteriormente, para entender que la renuncia ha sido inducida, y revestida de engaños, y que además existió falta de voluntad y espontaneidad, como quiera que se encontró viciada por actos externos tales como la falsedad en las intenciones del presidente de la compañía y las amenazas de iniciar procesos en contra de todo aquel que plantara su rúbrica.

Razones por las cuales, al vislumbrase que el suceso precedió de coerción y provocado por su empleador, quien además elaboró el documento que luego fuera suscrito por el trabajador y los demás vicepresidentes, dan lugar a la sanción impuesta, pues no puede olvidarse que en ámbito de las relaciones laborales enmarcadas y direccionadas por un orden jerárquico como el advertido en el devenir procesal, las alusiones referentes a iniciar posibles investigaciones administrativas o penales junto con el anhelo de determinar quién resultaba estar de acuerdo con su modelo de administración, implican de contera una alusión vinculante para quien se encuentra subordinado, como en este caso es DANIEL VASQUEZ LABADY.

Por ello no puede predicarse como lo aduce el demandado que la renuncia presentada por el actor no adolece de vicio alguno, cuando al expediente se demostraron las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se produjo la renuncia, contrastándose con lo predicado por el órgano de cierre de la especialidad laboral en las sentencias transcritas.

Así la cosas, tal como lo determinó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia citada, no existió una renuncia voluntaria y libre, y en consecuencia, se confirmará lo dispuesto por el A quo, resaltando que ante la falta de reparo respecto de la consecuencia judicial de reintegro y las condenas consecuentes a este, esta Sala de Decisión se encuentra impedida en desplegar declaración alguna al respecto.

## GASTOS DE TRASLADO

En lo respecta a los gastos de traslado de Venezuela a Colombia del Señor DANIEL VASQUEZ LABADY y su núcleo familiar, solicitados por su apoderado, es importante aclarar que a través del ejercicio del Ius variandi, el empleador tendrá la facultad de remitir a su trabajador a prestar los servicios en otro lugar, asumiendo los gastos razonables de traslado. La facultad de modificar condiciones laborales de los

trabajadores, debe ser ejercida atendiendo las circunstancias en las que el subordinado puede verse afectado en su situación familiar, de salud, tiempo y lugar de trabajo, así como las condiciones salariales y el rendimiento laboral de este.

Aunado a lo anterior, esta facultad dada al empleador no es absoluta, pues se encuentra limitada por principios mínimos fundamentales, como son Igualdad de oportunidades para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; entre otros.

Por consiguiente, el empleador en uso del ius variandi podría modificar las condiciones de trabajo en cuanto al modo, lugar, cantidad o tiempo del mismo, en virtud del poder subordinante que ejerce sobre sus trabajadores y por razones de conveniencia que surgen de las necesidades de la empresa y no por motivos personales o subjetivos de éste, pues debe observar las condiciones mínimas del debido respeto y la dignidad de los trabajadores.

De acuerdo con el art. 57-8 del CST, el empleador estará obligado a pagar los gastos razonables de venida y regreso, si para prestar sus servicios el trabajador debe cambiar de residencia, y solo se le exonerará de este pago si la terminación del vínculo laboral obedece a la culpa o voluntad del trabajador. Atendiendo lo anterior, es claro para esta sala que dicha disposición se refiere al traslado del trabajador que en ejercicio de sus funciones, es transferido a otra ciudad, y que consecuentemente deba cambiar de residencia, para poder prestar sus servicios, es decir, que deba radicarse en un lugar diferente al que tenía cuando celebró el contrato de trabajo, más no contempla la posibilidad del nuevo empleado que se ha llegado desde otra ciudad o país, a fin de vincularse a una Empresa.

Es así que en lo respectivo a este punto de apelación, la Sala mantendrá incólume la decisión de primera instancia, máxime cuando en el juicio no se hallaron probados las expensas en que incurrió el demandante a ciencia cierta, y menos aún, que haya pactado con su empleador, el rembolso de gastos de traslado.

## PERJUICIOS MORALES

En lo que respecta al daño o perjuicios morales reclamados, reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre ellas la SL721-2020 Radicación 72353, han razonado lo siguiente:

> "Con todo, la sala considera conveniente recordar que la procedencia de la condena por perjuicios morales es un tema que se ha tornado pacífico para la jurisprudencia laboral, como se reiteró en sentencia CSJ SL4570-2019, en los siguientes términos:
> Si bien el daño moral se ubica en lo más íntimo del ser humano y por lo mismo resulta inestimable en términos económicos, no obstante, a manera de relativa satisfacción, es factible establecer su cuantía. Para ello, es pertinente referir lo expuesto por esta Corte en sentencia CSJ SL 32720, 15 oct. 2008, que se reiteró en el fallo CSJ SL4665-2018, en cuanto a que la tasación del pretium doloris o precio del dolor, queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido esta Corporación, en esa misma decisión, «para ello deberán evaluarse las consecuencias sicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño»".

Ahora bien, se encuentra que no está probado en el proceso las mencionadas consecuencias psicológicas y personales, o los posibles trastornos emocionales, pues de las pruebas documentales aportadas, así como de las pruebas decretadas y practicadas por el Despacho del juez primigenio, no se logra ver con certeza las afectaciones a la salud física o psicológica o consecuencias nocivas de otra índole, en cuanto a su desarrollo en el entorno laboral, familiar o social del demandante, como quiera que se puede tener como argumento solo lo indicado por el apoderado de la parte demandante, pues no se logra demostrar las afectación en ninguno de los órdenes o estadios descritos como consecuencia de dicha situación, por lo que, en sana lógica no puede determinarse que producto de la renuncia se produjeron los daños morales que se reclaman.

Así las cosas, y al haberse analizado todos los puntos de las apelaciones y al no encontrar pruebas que desvirtúen lo decidido por la primera instancia, la sentencia se confirmará 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

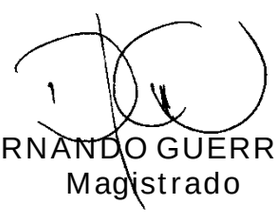
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

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

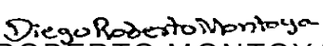
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de SILVIA PATRICIA PALOMA TOVAR contra CARMEN ADRIANA PEREZ LARA. Rad. 11001 31 05 022 2017 00536 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 contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, el día 13 de agosto de 2020.

## ANTECEDENTES

La Señora SILVIA PATRICIA PALOMA TOVAR, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral en contra de CARMEN ADRIANA PEREZ LARA, a fin de que se declare que entre las partes, existió un contrato de trabajo verbal, desde el 10 de mayo de 2012 hasta el 10 de abril de 2017; corolario de lo anterior, se condene a la demandada al pago de cesantías e intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, del 10 de mayo de 2012 hasta el 10 de abril de 2017; igualmente la indemnización por mora en el pago de prestaciones sociales, a razón de 45.000 pesos diarios y hasta por 24 meses, y a partir del mes 25 a la tasa máxima de crédito de libre asignación por la Superintendencia Bancaria, hasta cuando el pago se verifique; al pago de indemnización por despido sin justa causa junto con las dotaciones por todo el tiempo de servicio; sanción por la no consignación de las cesantías y aportes a pensión por todo el tiempo que

estuvo vigente la relación laboral. Finalmente, al pago de costas, incluidas agencias en derecho y a los demás derechos que resulten probados dentro del proceso.
Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que inició una relación laboral con la demandada, bajo contrato verbal desde el 10 de mayo de 2012 y hasta el 11 de abril de 2017, desempeñando la función de servicio doméstico, en el apartamento donde reside la demandada. Que su salario fue el pactado por valor de $45.000 diarios, laborando de lunes a viernes y de 8:00am a 4:30pm, por lo que su salario mensual devengado fue de $964.286. Que del año 2012 a 2016, la demandada no le consignó las cesantías a un fondo, conforme a lo estipulado legalmente y tampoco se le hizo entrega de las dotaciones a las que por ley tenía derecho. Señaló haber sido despedida sin justa causa y no haber sido afiliada a la seguridad social en salud, pensión y ARL (fls.414 a 417).

## CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada CARMEN ADRIANA PEREZ LARA contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones, para ello argumentó que todo lo pactado con la demandante, se acordó de buena fe, laborando en la modalidad de unidad de tiempo, en este caso por días. Igualmente, en cuanto al pago de salarios y prestaciones, indicó que su representada y la demandante, atendiendo el Art. 132 del C.S.T., convinieron libremente el salario. No propuso excepciones (fls.430 a 433).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 13 de agosto de 2020, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 10 de mayo de 2012 y hasta el 10 de abril de 2017; en consecuencia, condenó a la demandada a pagar a la demandante las siguientes acreencias laborales:

- Cesantías $4’795.475
- Intereses a las cesantías $2.832.527
- Vacaciones $2.397.737
- Prima de Servicios $744.218

Asimismo, condenó a la demandada por el pago del cálculo actuarial pensional el cual deberá ser cancelado en la entidad donde se encuentre afiliada la demandante, el cual estará representado por un bono o título pensional. Absolvió a

la demandada por las demás pretensiones incoadas en su contra, salvo al pago en costas y agencias en derecho.

Para arribar a la anterior decisión, el Despacho manifestó que se encuentra acreditada la prestación personal del servicio, para el periodo señalado en la demanda, como quiera que fue aceptada por la convocada a juicio en su contestación y en el interrogatorio de parte. En cuanto al salario, el Despacho analizó que un pago se da con ocasión a la prestación prestada, por el desempeño de sus funciones y no lo constituyen las indemnizaciones, bonos adicionales ni prestaciones sociales; razón por la cual y teniendo en cuenta que la parte demandante laboró de lunes a viernes y devengando diariamente $45.000 pesos, señaló como salario la suma de $974.250.

Por otro lado, en cuanto a las prestaciones sociales, para su liquidación indicó que en razón a que no se presentó la excepción de prescripción, se tuvo a favor de la actora la suma de $4.795.475 por concepto de cesantías, intereses de las mismas por valor de $2.832.527, por vacaciones la suma de $2.397.737 y por prima de servicios la suma de $744.218. En cuanto a la compensación por dinero en dotaciones, refirió que conforme a la Jurisprudencia, no hay lugar a este pago pues estas son en función durante la vigencia del contrato. En cuanto a los aportes a pensión declaró que no solo estos constituyen un valor económico sino que además es una norma jurídica para que los afiliados con sus aportes, puedan acceder a una pensión; por ende, ordenó a la demandada a pagar el cálculo actuarial por concepto de los aportes para pensión a satisfacción de la entidad donde se encuentre afiliada a la demandante, representado por un bono o título pensional.

Referente al despido sin justa causa, señaló que si bien la demandante adujo ser despedida por la demandada sin justa causa, lo cierto es que esto quedó en meras especulaciones por cuanto no hubo prueba documental o testimonial que así lo corroborara, pues está a su cargo demostrar lo argüido, sumado a que la demandada señaló que fue la actora quien decidió no volver. Razón por la cual no hubo condena sobre este punto. Sumariamente, en cuanto a la indemnización moratoria, analizó que por cuanto esta indemnización no es de carácter automático, procede cuando se acredite que el empleador no aporta razones justificativas a su conducta, razón por la cual, es el Despacho quien debe hacer un estudio profundo sobre el caso y definir si sus razones de defensa son válidas o no; adujo que en el presente caso, la demandada demostró el pago de las prestaciones sociales, solo que lo hizo de manera anticipada, pues la demandada no conocía la forma en que debían pagarse las prestaciones sociales, pues si bien las pagó no

conocía las fechas en que se debían hacer dichos pagos. Razón por la cual y conforme a la sana crítica, señaló que no hubo mala fe del empleador sino un desconocimiento de la ley laboral y la absolvió por este concepto y la condenó en costas y agencias en derecho.

APELACIÓN

La apoderada judicial de la DEMANDANTE, interpuso recurso de apelación, en cuanto a las pretensiones no reconocidas por el Despacho, argumentando para tal efecto que, el desconocimiento de la ley no es excusa para el incumplimiento de las obligaciones de la persona. Igualmente, señaló que no hay buena fe pues la demandada sí tenía conocimiento de la ley, ya que tiene una empresa y la persona que realizaba los pagos sí conocía cabalmente la ley laboral, por lo que trató de desconocer los derechos de sus trabajadores. Adicionalmente, dijo que la demandante fue requerida al Ministerio de Trabajo pero que a la fecha no ha realizado ningún pago, no ha tenido ánimo conciliatorio, teniendo además la oportunidad de asesorarse con un abogado, evidenciándose su mala fe.

De la misma forma, el apoderado judicial de la parte DEMANDADA, interpuso recurso de apelación, en los siguientes términos: "Si bien es cierto que también interpongo recurso de apelación, por la sentencia que... el día 22 de julio de 2020 del Juzgado Veintidós Laboral de la siguiente forma: ... mi representada la señora Adriana no actuó de mala fe con respecto a la señora Patricia Paloma en el momento de la contratación... si existe de pronto un contrato... (...) Entonces no existió realmente, o sea a partir del momento en que ahí... en el momento en que le hizo saber a la señora Silvia Patricia Paloma que se le iba a pagar un aumento más del salario que era normal para la época, de hecho se le aumentaba diez quince mil pesos más y ella aceptó de que ese salario perdía todas las cesantías de ella. De todas maneras la señora Silvia Patricia Paloma aceptó desde ese momento en cuanto a que si a ella se le dio o no se le dio el salario como debió haber sido y en medio de su... en el momento en que ella no conocía aceptó y se le dijo que ella debería y que se le iba a dar algo más reparando lo que son las cesantías y demás cosas. Hay una cosa muy importante que quiero manifestar era que para la época que ella la contrataron pues ella venía desplazada, obviamente, entonces pues ella no sabía la condición de cesantías pero jamás manifestó ni se asesoró de otra persona que le deberían consignar intereses y sus cesantías en una cuenta puesto que ella tenía unos auxilios y se le daba toda esa situación pues ella no podía perder eso. Realmente la señora Carmen Adriana Pérez Lara...

(…) Los reparos son, lo primero, en cuanto a las… mi prohijada se las pagó, se las pagó diariamente dándole algo más del salario que era para el momento el salario mínimo que era para el momento de ende, todo lo que viene de ahí intereses y todo lo que sea venia contractualmente en el pago que se hacía diariamente y que se le sumaban mensualmente daba un poquito más de lo que se le debía pagar a ella y que realmente ella no estaba de acuerdo con eso, ese es lo que le quiero decir y eso es todo. De tal manera que solicito se revoque esta sentencia a los señores magistrados y se dé por pago todo lo que realmente se le dio durante los cinco años. Gracias."

## 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 encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar si en el presente proceso, hay lugar o no a condenar a la demandada al pago de sanción moratoria de acuerdo al Art. 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 impugnación por los sujetos procesales.

Ahora, es preciso señalar que, como es bien sabido y según el principio de la carga probatoria, corresponde a quien es demandado en calidad de empleador por incumplimiento de obligaciones a su cargo, contraprobar las omisiones que niega y que al no desvirtuar, se dan por ciertas. De igual forma, que los hechos declarados que no tengan esta característica de negaciones indefinidas son susceptibles de probarse por quien los interpela y que al hacerlo asume tal carga, por lo cual deviene la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persiguen.

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).

Descendiendo al caso que nos ocupa, la demandante con miras a probar el derecho que le asiste al reconocimiento de sus pretensiones, solicitó el interrogatorio de parte a la demandada CARMEN ADRIANA PÉREZ LARA, del que se evidenció que la demandante laboraba de lunes a viernes, siendo los lunes y los viernes medio tiempo, y de martes a jueves tiempo completo. Afirmó que no la tenía afiliada a seguridad social, por petición expresa de la actora, ya que era desplazada por la violencia de un grupo indígena, y el Gobierno le otorgaba un subsidio de vivienda, subsidio de alimentación y otros más, y que si la afiliaba ella perdía todos esos beneficios, situación que manifestó aceptar por solidaridad con la demandante. Igualmente, señaló que todo lo que debía pagarle por conceptos de EPS, parafiscales, pensión, subsidios y ARL, se los pagaba a ella directamente, así como las prestaciones sociales. Agregó que siempre le pagó lo que le correspondía y en ocasiones le pagaba más; que realizaban las liquidaciones con el salario mínimo, subsidio de transporte, y lo de seguridad social para su pago diario, pero que los pagos de prestaciones sociales, se le realizaban semanalmente. Concluyó que la

terminación del contrato de trabajo se dio porque ella quiso formalizar la relación con la demandada, pero en cuanto le pidió sus documentos, esta no volvió más.

Analizado lo anterior, y teniendo en cuenta que no fueron allegadas más pruebas al proceso, es preciso señalar que no se evidenció por parte de la convocada a juicio, explicación alguna, más allá de su dicho que los pagos los realizaba semanalmente, de lo cual también es importante resaltar que no fue allegado ni siquiera un comprobante de pago, o una liquidación que pudiera determinar que lo manifestado correspondía a la realidad. Así las cosas, bajo tal parámetro es claro que la accionada no hizo ningún esfuerzo probatorio para justificar su actuación; pues además de no demostrarse el pago, tampoco se ofreció justificación alguna por parte de CARMEN ADRIANA PÉREZ LARA del porqué no efectuó el pago, ni aportó documento alguno que diera cuenta de su intención de ponerse al día con sus obligaciones, o al menos de su intención de llegar a un acuerdo con la accionante a fin de no perjudicarla aún más en su aspecto económico. 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 de la aquí demandante, sin demostrar razones satisfactorias y justificativas de su conducta que la exoneren de la sanción contemplada en el art. 65 del CST.

Al respecto, ha manifestado la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 3616 de 2020, en un caso similar al que nos ocupa, lo siguiente:

> "Esta Corporación reiteradamente ha puntualizado que la indemnización moratoria no opera de manera automática, sino que en cada caso concreto debe valorarse la conducta asumida por el empleador, a fin de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta y lo ubiquen en el terreno de la buena fe. De tal manera, es deber del juez examinar las pruebas en aras de verificar si se presentaron motivos que verdaderamente resulten suficientes para exculpar la falta de pago. Ha insistido, igualmente, que la omisión de dicha obligación por parte del fallador comporta la errónea interpretación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.
>
> Tal situación puede acontecer no solo cuando el juez incurre en la omisión comentada, también cuando esgrime algún motivo que pudiera justificar

la falta de pago, pero no especifica los elementos de juicio que lo llevaron a obtener esa conclusión.

Igualmente, conviene memorar que es doctrina de esta Sala que el eximente de responsabilidad, en estos casos, opera siempre que los fundamentos que aduce el empleador moroso resulten serios y atendibles, pues no cualquier excusa sirve para absolverlo de esta condena.

(…)

Sin embargo, tal yerro no le permite a la Sala casar la sentencia, en la medida que, al instalarse en sede de instancia llegaría a la misma conclusión del ad quem de condenar a la demandada, pues como esta Sala lo ha explicado, la buena fe equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, es decir, se traduce en el actuar sincero con suficiente probidad y honradez del empleador frente al trabajador, a quien en ningún momento quiso cercenar sus derechos, lo cual está en contraposición con la mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de integridad o pulcritud.

(…)

Además, resulta forzoso descartar que la convocada obrara amparada en una convicción seria y razonable de acatamiento a la ley; por el contrario, aunado a lo anterior, decidió proponerle al actor legalizar la vinculación mediante la suscripción de un contrato de trabajo a término indefinido, cuya negativa dio lugar a la terminación de la misma. En consecuencia, la indemnización aludida era procedente."

En este contexto y para resolver la difusa por lo vaga e indeterminada apelación de la parte demandada, en correspondencia con lo ya expuesto, debe añadir la Sala que, en todo caso y en gracia de discusión, la justificación de la parte demandada para su actuar omisivo en el pago de las prestaciones sociales se circunscribe a los pagos que dijo realizar semanalmente, superiores al salario mínimo de la época, lo cual no es de recibo por esta Corporación, pues la Ley sustantiva laboral expresamente tiene prescrito que el empleador tiene como obligación velar por la protección y seguridad para con su trabajador, así como efectuar los pagos de las prestaciones económicas a las que el trabajador tiene derecho dentro de los tiempos previamente convenidos. Por lo tanto, aceptar las manifestaciones de la demandada, de no imponer condena por tales razones es

como otorgar una patente de corso al incumplimiento sistemático de las perentorias y precisas obligaciones laborales de la que es deudor el empleador.

Sentado lo anterior, si lo que la demandada pretendía era brindar una ayuda a la demandante SILVIA PATRICIA PALOMA TOVAR a fin de que no perdiera los beneficios que le otorgaba el Estado para la fecha, mal hizo al eludir los pagos propios a inherentes al contrato de trabajo, cuando en la realidad este hecho trajo como consecuencia la posibilidad de lesionar los intereses económicos de la actora, razón por la que a juicio de la Sala debe imponerse la condena reclamada.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el salario de la demandante correspondía a la suma de $974.250, de acuerdo lo determinó la Juez A Quo y no existiendo oposición a esta suma, encuentra esta Corporación, que la demandada habrá de pagar un (1) día de salario por cada día de mora hasta por 24 meses, contados desde la fecha de terminación del contrato de trabajo, esto es, desde el 10 de abril de 2017 hasta el 10 de abril de 2019, arrojando la suma de $23.382.000. Atendiendo lo anterior, la Sala habrá de revocar lo atinente a este punto de la sentencia, y en su lugar condenará a la accionada a pagar estos emolumentos, conforme se ha expresado.

Ahora bien, en cuanto a la apelación interpuesta por el apoderado de la accionada, antes transcrita, y dejando a salvo lo ya explicado, es pertinente señalar que no aparece debidamente sustentada en los términos del art. 66 del CPTSS ya que las expresiones genéricas, de por si vagas e indeterminadas, vertidas en torno a que la demandante sabía de qué manera serían sus pagos, sin mencionar razones o motivos de inconformidad, no permiten a esta Sala iniciar estudio alguno sobre una inconformidad planteada en esos términos, al no presentar alcance alguno, pues recuérdese que el artículo 66A de la misma obra adjetiva, impone que la sentencia de segunda instancia «deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación».

En efecto, teniendo en cuenta lo anterior, es claro que en materia laboral el recurso de apelación debe ser interpuesto y sustentado en la audiencia en la cual se toma la decisión recurrida sin que sea dable sustentarlo ante esta Corporación, verbigracia, en los alegatos de conclusión; tal requisito de procedibilidad fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-493 de 2016 mediante la cual declaró exequible el artículo 66 del CPT y de la SS. Asimismo, la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia ha prohijado tal postura, indicando por

ejemplo en la sentencia CSJ SL9512 de 2017, «que la única oportunidad que se tiene para apelar la sentencia de primera instancia, es justamente en la audiencia en la que se dicta la sentencia y después de notificada ésta en estrados, es decir, en el mismo acto; y la interposición y sustentación de la apelación debe hacerse de forma oral, y terminada la sustentación, el juez debe conceder o denegar la apelación inmediatamente».

En ese orden de ideas, es claro para la Sala de Decisión que en materia laboral el recurso de apelación debe ser interpuesto y sustentado de manera oral una vez notificada en estrados la sentencia (artículo 66 CPTSS), indicando las razones de su inconformidad frente a la decisión de primer grado, únicas que serán materia de resolución por parte del Ad quem (artículo 66A ibídem), circunstancia que no se presentó en el presente asunto por parte del apoderado de la demandada, dado que si bien, al momento de dictar sentencia indicó que solicitaba la revocatoria de la misma, no aparece explicita la razón que indique al juzgador de segunda instancia la viabilidad de su pedimento, más allá del argumento de que en el pago semanal iba incluido cualquier otro concepto prestacional a su favor, lo que de una parte, no aparece sustentado debida y puntualmente, y de otra, en un esfuerzo de la Sala para responder a su inquietud, este fue resuelto conjuntamente con el recurso de la parte actora, y en ese sentido, le resulta imposible a la Sala realizar estudio o consideración adicional alguna en favor de los intereses de la convocada a juicio, con un alcance como el pretendido.

Consecuente con lo anterior, se revocará el ordinal cuarto de la sentencia apelada y se confirmará en todo lo demás. 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 cuarto de la sentencia apelada, para en lugar CONDENAR a la demandada CARMEN ADRIANA PÉREZ LARA, a pagar a la demandante SILVIA PATRICIA PALOMA TOVAR, la suma de VEINTITRES MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL PESOS

($23’382.000), por concepto de indemnización contenida en el art. 65 del C.S.T., conforme las consideraciones expuestas.

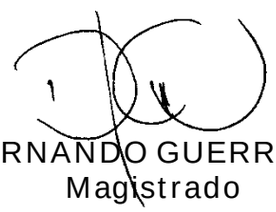
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

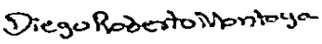
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de ARIEL OLARTE RODRIGUEZ contra COLOMBIAN ENERGY SERVICES SAS. Rad. 11001 31 05 012 2019 00182 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 12 de noviembre de 2020, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

## ANTECEDENTES

El señor ARIEL OLARTE RODRIGUEZ, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria contra COLOMBIAN ENERGY SERVICES SAS, sociedad en proceso de reorganización admitida por la Superintendencia de Sociedades el 17 de diciembre de 2018; a fin de que se hagan las siguientes declaraciones: que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 04 de marzo de 2015 hasta el 13 de junio de 2017; que devengó un salario por $13.700.000, en el cual se encuentra incluido la bonificación habitual de $1.700.000; que COLOMBIAN ENERGY SERVICES SAS., ocasionó su despido indirecto del demandante por el no pago de salarios, prestaciones sociales y seguridad social, despido indirecto que se hizo efectivo el 14 de junio de 2017; así mismo, que se encuentra en mora de pagar la liquidación y las prestaciones sociales del demandante, como primas, cesantías (2015, 2016, 2017) e intereses sobre las mismas, sobre las vacaciones y sobre los salarios; los salarios de los meses de diciembre de 2015, enero a diciembre de 2016, de enero a mayo de 2017 y 13 días de junio del mismo año; en consecuencia, se le ordene a los pagos de

$16.363.888, por concepto de vacaciones del 04 de enero de 2017 hasta el 13 de junio de 2017; $6.850.000, por concepto de primas de servicio, del 01 de enero de 2016 hasta el 30 de junio de 2016; $6.850.000, por concepto de prima de servicios, del 01 de julio de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016; $6.203.055, por concepto de prima de servicios, del 01 de enero de 2017 hasta el 13 de junio de 2017; $11.576.666, por concepto de cesantías del 04 de marzo hasta el 31 de diciembre de 2015. Del mismo modo, se le ordene al pago de $13.700.000, por concepto de cesantías correspondientes al periodo del 01 de enero de 2016 al 31 de julio del mismo año; la suma de $6.203.055, por concepto de cesantías, del 01 de enero de 2017 hasta el 13 de junio de 2017; $246.600.000, por concepto de salarios no cancelados de los meses de diciembre de 2015, enero a diciembre de 2016, de enero a mayo de 2017 y 13 días de junio del mismo año; $17.901.333, por concepto de indemnización por despido sin justa causa; $240.000.000, por concepto de indemnización moratoria, hasta la fecha efectiva del pago y que al momento de la presentación de la demanda suma dicho valor; $221.026.666, por concepto de indemnización del artículo 99 de la ley 50 de 1990 al no haber consignado el demandado en debida forma las cesantías desde el 15 de febrero de 2016 hasta el 13 de junio de 2016. Finalmente, a las demás prestaciones y derecho que se determinen conforme a lo ultra y extra petita, así como al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó el demandante que prestó sus servicios personales y profesionales a la sociedad COLUMBIAN ENERGY SERVICES SAS., como subgerente desde el 04 de marzo de 2015 hasta el 13 de junio de 2017, este contrato fue suscrito a término indefinido y cuyo salario pactado fue por un valor de $12.000.000, más un bono salarial y habitual por la suma de $1.700.000. Sin embargo, la empresa a partir del mes de diciembre de 2015 le dejó de cancelar los salarios, bonificación, prestaciones sociales (primas, cesantías, vacaciones), aportes a salud, pensión y riesgos laborales. Por lo anterior, realizó varios requerimientos, tanto verbales como escritos a su empleador, con el fin de que se le cumplieran las obligaciones a cargo del mismo, obteniendo como resultado falsas promesas y otras en silencio incesante. En vista de lo anterior, el día 13 de junio de 2017 se vio en la obligación de terminar el contrato de trabajo de manera unilateral en razón del incumplimiento por parte del empleador, de las obligaciones de pago a su cargo tales como salarios, prestaciones sociales y de seguridad social. Indica que dicha terminación se dio por escrito y tuvo efectos al día siguiente. En tal sentido, a la fecha de la radicación de la demanda, indica el demandante que se le adeudan los salarios,

prestaciones y seguridad social conforme a las fechas y valores indicados en párrafos anteriores.

## CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada COLOMBIAN ENERGY SERVICES SAS., contestó la demanda con oposición de todas las pretensiones condenatorias y declarativas, salvo a la primera de las declarativas, al aceptar que entre las partes sí existió un contrato de trabajo entre el 04 de marzo de 2015 al 13 de junio de 2017. No obstante, de acuerdo al demandado, el bono acordado en $1.700.000, por expresa indicación en el contrato, es no constitutivo de salario, razón por la cual el salario mensual acordado fue de 12.000.000; adicionalmente indicó que, contrario a la afirmación del demandante, a éste le fueron pagados todos los salarios mensuales desde el mes de marzo de 2015 hasta el mes de diciembre de 2016; Por otro lado, indicó, que el contrato laboral finalizó de manera unilateral y voluntaria por parte del empleado, como una manifestación libre emanada del demandante. Igualmente, manifestó adeudar los dineros que por concepto de salarios mensuales se causaron desde enero 2017 hasta 13 de junio de 2017. Agregó que adeuda la prima segundo semestre 2016 y la prima proporcional del primer semestre 2017. Adicionalmente, manifestó que adeuda por concepto de vacaciones lo proporcional por el periodo comprendido entre el 4 marzo 2017 al 13 de junio de 2017, y que con relación a las cesantías y a la seguridad social, adeuda los valores causados en 2015, 2016 y 2017. Por otro lado, se opuso tanto a la declaración de sanción moratoria por cuanto no fue probada su mala fe, y a la indemnización por despido injustificado pues el contrato laboral terminó por decisión unilateral del demandante.

Propuso como excepciones «inexistencia de justa causa para terminar contrato individual de trabajo», «imposibilidad de pago de acreencias sujetas a reorganización», «cobro de lo no debido», «buena fe», «prescripción» y «genérica» (fls.55 a 63).

Mediante auto del 01 de noviembre de 2019, se devolvió la contestación de la demanda por no reunir los requisitos para la misma (fl.112). Seguidamente, mediante auto del 25 de febrero de 2020, se tuvo por contestada la demanda, pues la parte demandada guardó silencio y porque las causales de inadmisión no afectan los requisitos formales y sustanciales del escrito de la contestación (fl.113).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 12 de noviembre de 2020, condenó a la empresa demandada al pago de las siguientes acreencias laborales: (i) $65.200.000 por concepto de salario entre el 01 de enero y el 13 de junio de 2017; (ii) $29.400.000 por concepto de cesantías de los años 2015, 2016 y 2017; (iii) $3.171.600, por concepto de intereses sobre las cesantías en el mismo periodo; (iv) 11.400.000, por concepto de prima de servicios del segundo periodo de 2016 y proporcional del año 2017; (v) $1.600.000 por concepto de vacaciones de la fracción de marzo a junio de 2017; y (vi) 16.200.000, por concepto de indemnización por despido indirecto sin justa causa, imputable al empleador.

Por lo demás, absolvió a la demandada por las demás pretensiones incoadas en su contra y declaró como no probadas las excepciones propuestas por la misma. Adicionalmente, ordenó manifestar ante el proceso de reorganización empresarial tramitado ante la Superintendencia delegada para procesos de insolvencia de la Superintendencia de Sociedades, el valor de $126.971.600, y condenó en costas a la demandada y a favor de la parte demandante, por un valor de $2.000.000.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que sobre de cuantía del salario no hay controversia. Frente al bono de $1.700.000 objeto de controversia, concluyó que carece de connotación salarial, pues conforme a lo evidenciado en contrato, éste fue excluido del salario todo lo cual es permitido por la ley laboral, por lo que solo tuvo como salario, el valor de $12.000.000. Respecto a los salarios y prestaciones adeudadas, manifestó, con base a su análisis del acervo probatorio, que sí se adeudan parcialmente dichos emolumentos, evidenciando retardo en el cumplimiento de ciertas obligaciones y ausencia absoluta de pago de otras.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa por despido indirecto, indicó que quedó demostrado con la renuncia del trabajador ante el incumplimiento por parte del empleador, razón por la cual, declaró y reconoció la referida indemnización. En cuanto a la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones, sostuvo el Despacho que conforme a la Corte Suprema de Justicia, la mora no es automática por lo que en algunas ocasiones puede exonerarse, verbigracia al mediar procesos de insolvencia, en cuyo caso se justifica la exoneración, en tanto la situación financiera de la empresa representa una justificación razonable al impago.

## APELACIÓN

El apoderado judicial del DEMANDANTE, interpuso recurso de apelación solicitando se revoque lo concerniente a las sanciones moratorias negadas por el juez de primera instancia, manifestando su desacuerdo con que no se haya condenado al pago de la mora de que trata el artículo 65 de la ley sustantiva del trabajo y el art 99 de la Ley 50 de 1990.

En síntesis, por un lado, expuso que la reorganización del demandado no debe admitirse como justificación de la mora incurrida, ya que la relación con el demandante tuvo lugar con anterioridad al proceso de reorganización. Indicó que la empresa debió probar la buena fe evidenciando que buscó soluciones jurídicas antes de entrar a reorganización. Por otro lado, en cuanto a la naturaleza de la bonificación, argumentó que la misma es constitutiva de salario dado a la habitualidad de su pago, lo que la convierte en irrenunciable a pesar del acuerdo entre las partes.

Por su parte, el apoderado judicial de la DEMANDADA, interpuso recurso de apelación, con relación a la decisión del juez de manifestar ante la Superintendencia de Sociedades, la condena impuesta por valor de $126.000.000. Sustentó su recurso indicando que a las voces de la normatividad del régimen de insolvencia, la condena no podrá ser reconocida sino hasta tanto se cumpla el acuerdo de reorganización y no de inmediato, pues esta debió ser relacionada oportunamente como una obligación litigiosa en la calificación y graduación de crédito ya en firme dentro del proceso de reorganización, razón por la cual el demandante debió objetar el proyecto de reconocimiento y graduación de créditos observando las reglas y oportunidades del concurso.

## 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

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación determinar los siguientes problemas jurídicos: (i) Si la bonificación pactada por valor de $1.700.000 constituye salario; (ii) si el impago de obligaciones laborales por parte del demandado le acarrea la indemnización por falta de pago de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del

Trabajo y la sanción de que trata el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; y, (iii) si resulta procedente lo ordenado por el juez de primera instancia en el ordinal cuarto de la sentencia, con relación a informar a la juez del concurso en la Superintendencia de Sociedades, sobre las resultas del presente litigio.

## CONSIDERACIONES

## DE LOS FACTORES SALARIALES

Los artículos 127 y 128 del C.S.T., definen qué sumas pueden ser percibidas por el trabajador como salario y cuáles no. El primero, precisa que salario es no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, por trabajo suplementario, en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre las ventas y comisiones.

Por el contrario, no constituye salario, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes solidarios, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni las prestaciones sociales comunes ni especiales. Tampoco serán elementos constitutivos de salario, los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, tales como alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales de vacaciones, de servicios o de navidad.

Al respecto, la H. Sala Laboral de la CSJ, ha señalado en las sentencias radicadas con los números 84485 del 14 de octubre de 2020 (SL4342-2020) y 68303 del 14 de noviembre de 2018 (SL5159 de 2018), lo siguiente:

> "Según los lineamientos del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», de tal suerte que, en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, tendrá carácter remuneratorio todo aquello que el

empleador paga al trabajador en retribución de los servicios prestados, independientemente de la denominación que contractualmente se le dé.

Aun cuando el legislador confiere a los interlocutores de la relación de trabajo la facultad de celebrar pactos de exclusión salarial, la autonomía de la voluntad no es ilimitada ni puede ejercerse arbitrariamente, pues de acuerdo con el postulado de primacía de la realidad, todo pago retributivo de la labor, constituye salario con independencia de la estipulación contractual que se pacte o la denominación que se le dé".

Adicionalmente, en sentencia CSJ SL5159-2018 la Sala puntualizó:

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).
Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del

> trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes."

Ahora bien, de la misma sentencia, conviene enfatizar en las siguientes precisiones hechas por la H. Sala Laboral de la CSJ.

> "De acuerdo al estudio desplegado en sede extraordinaria se concluye que la prima extralegal acá denominada «PNO CONST. SAL» constituye salario ante la ausencia de pacto expreso, sumado a la imposibilidad de establecer su finalidad, de modo que debe seguirse la regla general que pregona que todo cuanto recibe el trabajador está destinado a retribuir sus servicios personales.
>
> Aquí, conviene recordar que es al empleador a quien corresponde demostrar la destinación específica de cada pago, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida, carga que acá no se verificó (CSJ SL5159-2018 y CSJ SL12220-2017)."

Aunado a lo anterior, y por resultar necesario a efectos del sub-lite, indica H. Sala Laboral en sentencia SL1798-2018, lo que a continuación se expone con relación al detalle o información que debe individualizar la exclusión salarial de determinado rubro, así mismo, lo relacionado con la inaceptación de cláusulas globales o genéricas:

> Es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva.

Por consiguiente, la cláusula de exclusión salarial no debe ser admitida inexorablemente, por el sólo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no

es absoluta y no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen, sino que por el contrario debe establecerse si efectivamente la cláusula de exclusión salarial cumple o no los requerimientos establecidos en los artículos 127 y 128 del C.S.T. para determinar si efectivamente los conceptos allí enlistados constituyen salario (Ver entre otras, la sentencia CSJ SL1798-2018 de 16 de may. 2018, rad. 63988).

Descendiendo al caso que nos ocupa, resulta necesario establecer si constituye salario el denominado Bono No Salarial pactado por las partes en $1.700.000 conforme así quedó indicado en la sección inicial del contrato denominada Especificaciones del Contrato. Para el efecto, se observa en la cláusula tercera el acuerdo de las partes respecto a la remuneración, de cuyo análisis se concluye que la exclusión salarial no cumple con los requisitos anteriormente ilustrados, considerando que a pesar de existir por escrito la indicación expresa de que el precitado bono no es salarial, el contenido de la cláusula tercera no evidencia alusión a esta bonificación en concreto de la cual se pueda establecer la destinación específica de la misma, resultando jurídicamente inviable homologar dicho requisito con las disposiciones genéricas que conforman la mencionada cláusula, y quedando así la pretendida exclusión salarial desprovista de las pruebas que a la parte demandada correspondía aportar al proceso a efectos de demostrar que la destinación específica de ese rubro obedecía a causa distinta a la prestación del servicio.

Así las cosas, encuentra esta Corporación que habrá de ser modificada la decisión adoptada por el Juez A Quo en el numeral primero de la sentencia apelada, por cuanto la liquidación no fue efectuada incluyendo el mentado bono, de acuerdo a la liquidación que a continuación se anexa:

| CONCEPTO | VALOR | Periodo |
|---|---|---|
| Salarios | $74.436.666,67 | 2017: 5 meses y 13 días |
| Cesantías | $11.302.500,00 | 2015: 9 meses y 27 días |
| | $13.700.000,00 | 2016: 12 meses |
| | $6.203.055,56 | 2017: 5 meses y 13 días |
| | SUBTOTAL: $31.205.555,56 | |
| Intereses sobre las cesantías | $1.118.947,50 | 2015: 9 meses y 27 días |
| | $1.644.000,00 | 2016: 12 meses |
| | $337.032,69 | 2017: 5 meses y 13 días |
| | SUBTOTAL: $3.099.980,19 | |
| Prima de servicios | $6.850.000,00 | 2016-12 meses |
| | $6.203.055,56 | 2017-5 meses y 13 días |
| | SUBTOTAL: $13.053.055,56 | |
| Vacaciones | $1.959.861,11 | 2017- 3 meses y 13 días |

| | | |
|---|---|---|
| Indemnización por despido Injusto | $9.133.333,33 | primer año: del 4 de marzo de 2015 al 4 de marzo del 2016 |
| | $6.850.000,00 | Segundo año: del 5 de marzo de 2016 al 5 de marzo de 2017 |
| | $1.883.750,00 | Tercer año: del 6 de marzo al 13 de junio:26 días y 73 días= 99 días |
| | SUBTOTAL: $17.867.083,33 | |
| TOTAL | $141.622.202,41 | |

## DE LAS SANCIONES PRETENDIDAS

Conforme al artículo 28 de la Ley Sustantiva Laboral, no puede privársele al trabajador de sus derechos laborales a expensas de aquellas crisis que atraviesen los entes económicos, como quiera que el trabajador no puede asumir los riesgos del empleador. De lo contrario, la efectividad de las garantías y derechos del trabajo estaría condicionada a cargas que el trabajador no está en la obligación legal de soportar, máxime cuando en ejecución del contrato laboral y a pesar de las dificultades económicas de la empresa, el trabajador continúa honrando sus obligaciones contractuales con la expectativa legítima de ser retribuido como cualquier contratante que haga parte de una relación negocial con características de bilateralidad y onerosidad.

Debe igualmente recordarse que la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, no opera de manera automática conforme lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Laboral, siendo necesario analizar si el comportamiento patronal observó la buena fe que indefectiblemente implica ajustar los comportamientos a conductas basadas en la transparencia, honestidad y lealtad, en virtud de las cuales proteger con sus actuaciones al trabajador, impidiendo que se produzcan lesiones o menoscabos a sus intereses personales o patrimoniales.

Bajo dichas consideraciones, se observa en el plenario que la parte demandada atribuye los incumplimientos sufridos por el trabajador, al impago por parte de clientes y a la caída del precio del petróleo, todo lo cual condujo a que la demanda solicitara ser admitida en un proceso de reorganización empresarial, como en efecto ocurrió el 17 de diciembre de 2018, esto es, más de un año después de la desvinculación del trabajador.

Según obra a folio 74, el demandado esbozó a la Superintendencia de Sociedades como causas de la insolvencia, factores tales como la disminución de la demanda a causa de la fuerte caída en los precios del petróleo, la suspensión del principal contrato que tenía el demandado con la sociedad Pacific Stratus Energy, la retención de dineros por parte de esta sociedad por más de dos años, y la falta de flujo de caja por la disminución gradual de sus ingresos en el año 2015. En igual sentido, en interrogatorio de parte practicado al representante legal de la sociedad demandada, se puede apreciar su afirmación según la cual el demandante sabía sobre la situación difícil del sector petróleo, aparejado de argumentos alusivos a la terminación unilateral de un sin número de contratos de Pacific Rubiales, que derivaron en pérdidas con cargo a indemnizar y liquidar trabajadores de campo por más de 700.000.000 COP, y añadiendo que dicha empresa les retuvo por más de dos años sumas de dinero superiores a los 1.000.000.000 COP, todo lo cual en criterio del de la parte demandada, justifica las demoras en los pagos debidos al demandante.

Esta argumentación fue acogida por el juez de primera instancia, quien adujo expresamente remitirse al citado folio 74 y cuyo contenido, a su juicio, brinda certeza sobre la imposibilidad de aplicar las disposiciones relativas a la sanción moratoria. No obstante, debe aclararse que las razones aducidas por el demandado visibles a folio 74, son una manifestación emanada de la misma parte demandada a título de explicación como parte de los requisitos que deben acompañar la solicitud de admisión a un proceso de reorganización, y cuyo alcance es meramente indicativo para contextualizar las razones que a juicio del solicitante, desencadenaron la situación financiera adversa de la empresa.

Adicionalmente, dentro de las pruebas documentales aducidas en la contestación de la demanda y decretadas por el A Quo, que obran del folio 65 a 105, no fueron aportadas aquellas que sustenten todas y cada una de esas afirmaciones contentivas de situaciones fácticas que discurren prolongadas en el tiempo como antesala a la solicitud de reorganización, con todo y que la admisión al proceso de reorganización dé cuenta de una efectiva cesación de pagos por parte de la demandada al último día calendario del mes inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud, esto es, 31 de julio del 2018, a voces del artículo 9 y 13-2 de la ley 1116 de 2006.

En otras palabras, el hecho de presentarse en la demandada una cesación de pagos acreditada para finales del año 2018, no significa necesariamente que entre el 4 marzo 2015 y el 13 junio 2017, periodo durante el cual tuvo lugar la relación laboral entre las partes, la sociedad demandada se encontrara postrada en una situación de

imposibilidad de pago. En tal sentido, las situaciones de modo, tiempo y lugar en que de acuerdo al dicho del demandado ocurrió la terminación y deterioro de las relaciones comerciales entre este y sus clientes, así como los estados financieros de los que inferir objetivamente una situación financiera precaria de la demandada durante la relación laboral con el demandante, no se encuentran probadas dentro del sub-lite, por lo que no resulta posible concluir que la razón por la cual la demandada no pagó parte de las acreencia laborales o pagó extemporáneamente otra parte de las mismas, obedecía a la aducida por el extremo demandado.

De igual manera, no existe en el plenario prueba alguna de la cual se pueda establecer, o si quiera inferir, la voluntad del demandado de aproximarse en buena fe al demandante para manifestar su voluntad conciliatoria cuando se encontraba en mora de cumplir con sus obligaciones, sin poderse evidenciar iniciativa por parte del demandado para concertar o arribar formalmente a acuerdos de pago con el demandante, quien en consecuencia tuvo que prestar sus servicios llevando día a día al hombro la incertidumbre con relación a si su empleador haría efectivos sus derechos.

Por otro lado, el contrato laboral, como cualquier otro, es ley para las partes en cuanto a lo que ésta les permita, lo que necesariamente impone a los contratantes el deber de diligencia y buena fe necesarios con relación a autoevaluar previamente a la celebración del contrato, sus condiciones morales, técnicas, profesionales, financieras y de mercado, de cara a la carga obligacional que les acarreará la celebración del mismo. En tal sentido, así como le asiste al trabajador el deber de cuestionar anticipadamente su idoneidad moral, técnica y profesional para la debida prestación personal del servicio, no es menos cierto que le asista al empleador el deber de cuestionar aspectos internos y externos de la empresa, entre estos su capacidad o idoneidad financiera y administrativa, así como factores externos de mercado o macroeconómicos que como profesional del comercio, debe considerar para la toma de decisiones acertadas, congruentes y sostenibles en el desarrollo de su actividad económica.

A propósito de ello, se trae a colación la declaración hecha por el representante legal de la parte demandada, de acuerdo a la cual se evidencia que conocía el difícil momento por el que atravesaba su sector económico desde el año 2014, esto es, desde antes de la contratación del demandante, lo que le permitía avizorar el riesgo de contraer obligaciones como las que contrajo con este, y sin que le sea dable atenuar su responsabilidad por el hecho de que el trabajador conociera que el sector no pasaba por su mejor momento, como quiera que, precisamente en virtud del aludido principio

de buena fe, el empleado confía en que su empleador, al encargarle una labor, no desconocerá o buscará evadir posteriormente su responsabilidad.
Aceptar la tesis del demandado, 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 o por razones ajenas al trabajador, se ven abocados a crisis como la que aparentemente soportó la entidad demandada durante su relación laboral con el demandante (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 por el demandante en punto de las sanciones moratorias, de la siguiente manera:

La suma de TRESCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS ($328’800.000), por concepto de sanción del art. 65 del C.S.T., desde la fecha de finalización del contrato de trabajo, esto es, desde el 13 de junio de 2017 y hasta por 24 meses, es decir hasta el 13 de junio de 2019, tomando como base salarial la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS ($456.666) diarios, más los intereses moratorios desde el 14 de junio de 2019, en los términos del artículo 65-1 del CST.

La suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS ($258.473.333), por concepto de sanción por no consignación de las cesantías, del Art. 99 Ley 50 de 1990, correspondiente a los años 2015 y 2016.

En razón a lo anteriormente expuesto, esta Corporación debe apartarse de la decisión adoptada por la primera instancia en torno al punto de la sanción por mora en el pago de las obligaciones a cargo de la parte demandada, y en consecuencia revocará parcialmente el ordinal segundo de la sentencia, para en su lugar condenar a la demandada por estos conceptos y en los valores liquidados.

## COMUNICACIÓN DEL VALOR DE LA ACREENCIA EN EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN

Conforme se indicó anteriormente, la parte demandada interpuso recurso de apelación con relación a la decisión adoptada por el juez según la cual se ordena MANIFESTAR ante el proceso de reorganización empresarial tramitado ante la Superintendencia delegada para procesos de insolvencia de la Superintendencia de Sociedades el valor de la acreencia a cancelar será de $126.971.600.oo.

El demandado sustentó su recurso argumentando que conforme a la Ley 1116 de 2006, las sumas de dinero reconocidas por el juez en primera instancia, deberá hacerla efectiva la parte demandante persiguiendo los bienes del demandado una vez cumplido el acuerdo de reorganización, como quiera que no se pude modificar la calificación de crédito que se reconoció mediante decisión judicial del juez del concurso.
En ese orden de ideas, el apoderado judicial del demandado elevó su recurso en contra de una situación fáctica distinta a la que refiere el juez en su decisión, en el sentido de que éste ordenó informar en el proceso de reorganización sobre las resultas del presente proceso, más no modificar o incluir el crédito acá reconocido al interior de un acto o documento en concreto para que se pague o haga efectivo de determinada manera.

Debe advertir esta corporación que no es competente para decidir sobre el curso que en el proceso de reorganización debe seguir el crédito reconocido a favor del demandante en virtud de éste proceso laboral. Adicionalmente, no obra en el expediente la documental o prueba alguna que permita establecer el estado o etapa actual en que se encuentra el proceso de reorganización ni la actuación desplegada por el demandante con relación a sus derechos en calidad de acreedor dentro del mismo.

No obstante lo anterior, esta Corporación modificará la redacción del numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, con el fin de dirigir y extender apropiadamente la orden de notificación que debe hacer la jurisdicción laboral con relación a lo decidido en este litigio. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia ante su no causación.

## 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 objeto de apelación, en el sentido de que CONDENAR a la empresa COLOMBIAN ENERGY SERVICES S.A.S. a pagar a favor del señor ARIEL OLARTE RODRÍGUEZ, las siguientes acreencias reliquidadas con base en salario de TRECE MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS ($13.700.000) devengado por este, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia:

1. SETENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS ($74.436.666,67), por concepto de salarios entre el 1° de enero y el 13 de junio de 2017.
2. TREINTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS ($31.205.555,56), por concepto de cesantías de los años 2015, 2016 y 2017.
3. TRES MILLONES NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA PESOS CON DIECINUEVE CENTAVOS ($3.099.980,19), por concepto de intereses sobre las cesantías en el mismo periodo.
4. TRECE MILLONES CINCUENTA Y TRES MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS ($13.053.055,56) por concepto de prima de servicios del segundo periodo de 2016 y proporcional del año 2017.
5. UN MILLÓN NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y UN PESOS CON ONCE CENTAVOS ($1.959.861,11), por concepto de vacaciones de la fracción de marzo a junio de 2017.
6. DIECISIETE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL OCHENTA Y TRES PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS ($17.867.083,33), por concepto indemnización por despido indirecto sin justa imputable al empleador.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia objeto de estudio, para en su lugar CONDENAR a la demandada COLOMBIAN ENERGY SERVICES S.A.S., al pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuantía de TRESCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS ($328.800.000) y sus correspondiente intereses, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia. Igualmente, CONDENAR a la demandada al pago de la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por concepto de indemnización por no consignación de las cesantías, en cuantía de DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS ($258.473.333), conforme se expresó.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal CUARTO de la sentencia objeto de apelación, en el sentido de ordenar a la empresa COLOMBIAN ENERGY SERVICES S.A.S., NOTIFICAR esta providencia judicial al Promotor y al Juez del concurso, para que conforme a sus competencias y a las normas que regulan los procesos de insolvencia

empresarial, inicien y garanticen las actuaciones que resulten necesarias para que el crédito laboral a favor del demandante acá reconocido, sea debidamente tramitado a efectos de que sea pagado.

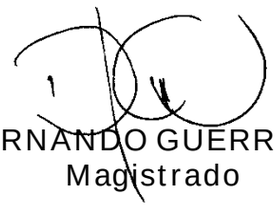
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación.

QUINTO: 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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GRISELDINO PEÑA AVILA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Rad. 110013105-038-2019-00115-01.

En la fecha, con la finalidad de surtir 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 la parte demandante respecto de la sentencia proferida el 28 de octubre de 2020 por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá.

## ANTECEDENTES

El señor GRISELDINO PEÑA AVILA, promovió demanda ordinaria con el fin de que se condené a COLPENSIONES a reconocer y pagar, el incremento del 14% sobre la pensión de vejez por su esposa, MARIA ROSA MENDEZ DE PEÑA, los cuales deben ser pagados retroactivamente desde el 26 de abril de 2002; en consecuencia, se condene al pago de la indexación al momento en que legalmente se generó y las que con posterioridad a la presentación de la demanda se causen. Finalmente, se le condene al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, afirmó que a partir del 01 de mayo de 2002 el ISS le reconoció la pensión de vejez por la suma de $550.436, dicha pensión le fue reconocida por haber agotado los requisitos de edad y semanas cotizadas consagrados en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; empero, no le fueron reconocidos los incrementos pensionales a los que tiene derecho su cónyuge, en razón a que ella depende económicamente de él, pues no disfruta de ninguna pensión. Advirtió que se encuentra válidamente vinculado mediante matrimonio con la señora MARIA ROSA MENDEZ DE PEÑA, desde el 18 de diciembre de 1966, momento a partir del cual han

convivido ininterrumpidamente, estos es, por más de 50 años. Posteriormente, el 30 de agosto de 2017 radicó derecho de petición ante Colpensiones, reclamando el incremento pensional, cuya respuesta fue negativa en razón a que son una pretensión diferente a la pensión vejez y no es posible concederla a los beneficiarios del régimen de transición (fls. 1 a 7).

## CONTESTACION DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra como quiera que, esta administradora ha actuado de buena fe, por lo que las decisiones en relación a lo pretendido han sido fundamentadas en la ley, evidenciándose en el reconocimiento pensional a favor del actor. De otro lado, refirió que los incrementos pensionales de que trata el Decreto 758/1990, dejaron de existir con la entrada en vigencia de la Ley 100/1993, por lo que no se mantuvo el incremento pensional, con excepción de aquellos casos en los que los afiliados acreditaron los requisitos para acceder a la pensión bajo el Decreto 758/1990 y con fecha de efectividad anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100/1993; por lo que para el caso bajo estudio y teniendo en cuenta que la fecha de efectividad de la pensión del actor fue a partir del 01 de mayo de 2002; es decir, que para la fecha ya estaba en vigencia la Ley 100/1993, por lo que por disposición de la Corte Constitucional, los incrementos pensionales ya se encuentran derogados. No obstante lo anterior, sostuvo que si no se tuviera en cuenta lo anterior, el actor no acreditó al momento de solicitar la pensión, el derecho al incremento pensional del 14%, siendo evidente que dentro del actuar de esta entidad no hubo negligencia u omisión por dejar de cancelar el incremento adicional de la pensión, por cónyuge a cargo. En ese orden de ideas, la pretensión demandada está sometida a la prescripción extintiva, ya que resulta insostenible obligar al fondo prestacional erogar una dadiva de contenido patrimonial diferente a la pensión, ante la falta de reclamación del demandado, pues este no acreditó que se encuentra afrontando un perjuicio irremediable ante la falta de dicho incremento, ni que dicho rubro comprometa sus condiciones mínimas de vida. Propuso como excepciones de mérito las de «Falta de causa para pedir», «prescripción», «Inexistencia del derecho y de la obligación», «Cobro de lo no debido», «buena fe» e «Innominada o genérica» (Fls. 25 a 35).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 28 de octubre de 2020, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que conforme a lo señalado por la Corte Constitucional los incrementos pensionales que trata el Decreto 758/1990, fueron derogados a partir del año de 1994, fecha en la que inició a regir la Ley 100/1993; sin que el régimen de transición mantuviese tal derecho. Por lo anterior, indicó que en el caso concreto el reconocimiento pensional al demandante, no se dio en el marco de la vigencia plena del Acuerdo 049/1990, sino con posterioridad a la Ley 100 de 1993, como quiera que la prestación se reconoció a partir del 01 de mayo de 2002, por lo tanto, el actor no tenía derecho al incremento del 14% por cónyuge dependiente.

## RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la parte DEMANDANTE interpuso recurso de apelación, indicando que el hecho de que los incrementos no estén regulados en la Ley 100 de 1993, esto no significa que hayan perdido su vigencia, pues por el contrario continúan con pleno vigor.

## 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 COLPENSIONES presentó alegatos solicitando se confirme la sentencia de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si en el presente caso le asiste derecho al demandante para obtener el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo, así como determinar si este se encuentra prescrito.

## CONSIDERACIONES

El derecho al reconocimiento de los incrementos pensionales, según criterio pacífico expuesto por la Sala Laboral de la CSJ no desparecen de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha concluido en múltiples pronunciamientos en tanto y en cuanto los incrementos del 14 y 7% previstos en el Decreto 758/1990 conservan su vigencia. Así puede colegirse entre otras de las sentencias de 27 de julio de 2005 radicado 21517, del 5 de diciembre de 2007 radicado 29531, en la de radicación 36345 de agosto 10 de 2010 y recientemente reiterada en las sentencias SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos están en vigor no

obstante el no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados, debe entenderse que conservan su plena vigencia. Los referidos incrementos se reconocen a quienes se les define su derecho pensional con aplicación directa del Acuerdo 049 de 1990 o que fueren reconocidos por virtud del régimen de transición, por lo que al constituir doctrina probable permite separarse válidamente de la reciente sentencia de la Corte Constitucional identificada como SU140-19 que estima lo contrario, en tanto y en cuanto definió que con la promulgación de la Ley 100 de 1993 desaparecieron de la vida jurídica.

Definido lo anterior, para abordar el estudio de procedibilidad del incremento pensional, advierte la Sala que se acreditó que al demandante le fue reconocida su pensión de vejez de conformidad con lo regulado por el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, según se corrobora con la Resolución No. 008957 del 26 de abril de 2002 (fl. 9), por lo que procede el estudio del reconocimiento del incremento pensional invocado por su compañera a cargo, la señora MARÍA ROSA MENDEZ.

Frente a la condición de cónyuge de la antes citada, se acredita con el certificado de Registro Civil de Matrimonio obrante a folio 13 del plenario, que da cuenta que el actor contrajo nupcias con la señora MARÍA ROSA MENDEZ desde el 18 de diciembre de 1966.

En cuanto a la dependencia económica de MARÍA ROSA MENDEZ respecto de su cónyuge, se advierte que dentro del proceso fue recibida la declaración de la señora BLANCA AURORA USAQUÉN RINCÓN, quien señaló conocer a la pareja desde hace 40 años, pues estos contrajeron matrimonio. Adicionalmente, señaló que el demandante es pensionado del Seguro Social y que la cónyuge del mismo depende económicamente de su pareja pues no trabaja ni tiene algún ingreso adicional; así mismo, que con el señor Peña viven juntos. Adicionalmente, se recibieron las declaraciones extra proceso rendidas ante notario, tanto de dicha señora, como de la señora OLGA MARIA VALERO MORENO (Fls. 15 y 16), quienes al unísono mencionaron que conocían a la pareja PEÑA MENDEZ por estar casados desde el año 1966, conviviendo y compartiendo techo, lecho y mesa de manera permanente y singular, precisando que la señora MARÍA ROSA MÉNDEZ DE PEÑA depende económicamente de su señor esposo, ya que no goza de pensión, ni ayuda alguna.

Se concluye entonces que a las declaraciones anteriores, se les puede asignar plena credibilidad en torno a la dependencia económica requerida para hacerse acreedor al

incremento pensional. Adicional a ello se aportó certificado de EPS en el cual consta que la señora MENDEZ es beneficiaria del demandante en el servicio de salud (fl. 19).

Esclarecido lo anterior, debe señalar la Sala, demás, que en tratándose de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala Laboral de la CSJ le asigna al derecho reclamado además de su actual vigencia el carácter de prescriptible con base en su jurisprudencia (sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 sep. 2012, en los radicados 40.919 y 42300 y posteriormente en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367, luego en las SL1585-2015 rad. 45197, SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019), mientras que la Corte Constitucional en sentencia reciente de unificación identificada como SU 140 de 2019 declara que la Ley 100 de 1993 derogó las normas que lo consagraban, razón por la que, para tomar posición respecto de uno y otro criterio resulta necesario realizar un breve recuento de sus posiciones doctrinales.

Frente a las dos posiciones doctrinales, una que desde el 1° de abril de 1994 no existe el derecho reclamado y la otra que si existe pero prescribe, la Sala de Decisión estima que en virtud del principio de favorabilidad ínsito en el artículo 53 constitucional, debe preferirse la que con carácter de autoridad para el juzgador ordinario laboral acoge la Sala Laboral de la CSJ, que establece la de que este derecho NO fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pero a su vez, también, debe acoger la procedencia de la prescripción del derecho si no se acciona dentro del término trienal <de llegarse a proponer la excepción>, en razón a que si bien estos no hacen parte integral de la pensión y por lo tanto, no gozan de los mismos atributos de la prestación, su extinción solo puede pregonarse a partir del momento en que se hacen exigibles. Al respecto la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL2711 de 2019 del diecisiete (17) de julio de dos mil diecinueve (2019), fijó el verdadero alcance respecto a la fecha de exigibilidad de los incrementos pensionales a efectos de contabilizar la prescripción, en el sentido de que la exigibilidad del derecho surge a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado.

Ahora bien, retomando el hilo conductor inicialmente trazado, para la Sala la interpretación autorizada por las normas constitucionales que atiende el principio de in dubio pro operario, obliga a atender, de dos interpretaciones válidas, la que sea más favorable al trabajador o al pensionado, en el sentido de que es la que mejor y con mayor suficiencia garantiza el derecho constitucional e irrenunciable a la seguridad social.

Expuestos los dos argumentos válidos, definidos ambos con criterio de autoridad, relacionados con la derogatoria del artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 y su aplicabilidad en el tiempo, no le queda otro camino a esta Sala de Decisión que acoger la tesis de la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en tanto y en cuanto para nuestro órgano de cierre de la especialidad laboral existe certeza de: i) la vigencia de los incrementos pensionales consagrados en el Decreto 758 de 1990 y ii) la extinción del derecho a percibirlos sino se acciona dentro de los plazos establecidos en la norma sustantiva y adjetiva que regula su prescripción por no haberse reclamado en tiempo oportuno posterior a su exigibilidad que no es otro que a partir del momento en que el pensionado reúne la totalidad de esas exigencias legales y no simplemente con el status de pensionado; en este caso, lo es desde que el afiliado adquirió el status de pensionado el 01 de mayo de 2002 a través de la Resolución 008957 del 26 de abril de 2002 (fl.9), la cual le fue notificada el 18 de julio de 2002, mientras que la reclamación administrativa solo fue efectuada ante Colpensiones el 30 de agosto de 2017 (fls. 10, 14 y 15), así como la demanda que vino a ser presentada el 11 de febrero de 2019 (fl. 20), es decir, con posterioridad a los tres años de que tratan las normas que regulan dicho fenómeno, es claro que en este asunto, aun con la aplicación del principio de favorabilidad en cabeza del pensionado demandante, la excepción de prescripción en el reconocimiento de los incrementos pensionales debe prosperar, pues éste criterio atiende a una interpretación sistemática de las normas de la seguridad social y asegura la protección de derechos fundamentales de los pensionados y su núcleo familiar, en virtud del principio in dubio pro operario de conformidad con el artículo 53 de la Constitución Nacional, en concordancia con lo reglado por el artículo 21 del C.S.T.

En ese orden, en virtud del principio de seguridad jurídica, coherencia decisional y respeto a la doctrina probable de la Sala de Casación laboral de la CSJ, la Sala de Decisión en su integridad hace suyos los argumentos que allí se consignan para predicar la vigencia del derecho a reclamarlos pero también su prescriptibilidad a partir del reconocimiento del derecho al que accede, por estimar que ellos son suficientes para separarse de la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, que pregona su derogatoria a partir del 1º de abril de 1994.

De lo anterior se colige, a diferencia de cómo lo determinó la juzgadora de primera instancia, que no hay lugar a conceder los incrementos pensionales por persona a cargo, pero por aparecer probada la prescripción total y no la derogatoria orgánica del derecho reclamado, motivo por el cual, no le asiste derecho al demandante para acceder al incremento pensional por persona a cargo, pues entre el lapso de tiempo trascurrido entre la fecha en que se reunieron la totalidad de los requisitos exigidos para el

incremento pensional, la reclamación del derecho y luego la presentación de la demanda, se superó el término trienal previsto por las normas que así lo establecen; en ese contexto fáctico y probatorio la sentencia de primera instancia amerita su confirmación, pero por las precisas razones expuestas anteriormente.

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, pero por los precisos argumentos expuestos 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 ibidem 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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por AMANDA DEL CARMEN CUEVAS CENDALES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Rad. 110013105-025-2016-00462-01.

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 contra la sentencia proferida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 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 AMANDA DEL CARMEN CUEVAS CENDALES pretende se declare que le asiste derecho en calidad de compañera supérstite, al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor ADOLFO CUELLAR LOZANO, igualmente se declare que le asiste el derecho al reconocimiento del retroactivo de las mesadas pensionales desde la fecha del fallecimiento del causante; junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre; al pago de los intereses moratorios de cada una de las mesadas pensionales, subsidio la indexación de las sumas reconocidas en la sentencia. Finalmente, solicitó se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el señor ADOLFO CUELLAR LOZANO falleció en la ciudad de Bogotá el 02 de julio de 1988, fecha para la cual se encontraba afiliado al Régimen de Seguridad Social en pensiones al ISS, hoy Colpensiones, cotizando un total de 480 semanas. El causante y la señora AMANDA DEL CARMEN CUEVAS CENDALES, convivieron en unión marital de hecho desde el 03 de septiembre de 1979 hasta el 02 de julio de 1988, compartiendo techo, lecho y mesa; fruto de la unión de la pareja, nació LIDY ANDREA CUELLAR CUEVAS. Posteriormente, el 23 de junio de 2015 en calidad de compañera supérstite solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, súplica que fue rechazada; por lo tanto, el 15 de enero de 2016 instauró recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la Resolución expedida por la administradora; sin embargo, ambos recursos fueron confirmados. Dentro de los argumentos expuestos por Colpensiones, señaló que no acreditó los 05 años de convivencia o vida marital anteriores a la fecha del fallecimiento del causante; resaltando que tanto ella como su hija dependían económicamente del señor Adolfo Cuellar (Fls. 1 a 15).

## CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como de condena argumentando que, las normas jurídicas para establecer o no una pensión de sobreviviente, son las que se encuentran vigentes a la fecha del fallecimiento del causante. En consecuencia y para el caso concreto, la demandante no acreditó los 03 años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante, tal como se pudo acreditar en la investigación administrativa realizada por esta administradora, pues el domicilio mencionado por ella, es diferente al del señor Adolfo Cuellar, además dentro de las versiones se encontró que el causante solo vivía con su hija, sin encontrarse convivencia entre el causante y la solicitante, señalando que hubo un gran lapso de tiempo entre el momento del deceso y la presentación de la solicitud. Razones por las cuales se rechazó el requerimiento de la actora y se solicitó absolver a esta entidad sobre todos los cargos formulados en su contra. Formuló como excepciones de fondo, las de «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe», «prescripción», «cobro de lo debido», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios» y «solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones» (Fls. 45 a 50).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 10 de octubre del 2020, declaró que COLPENSIONES debe reconocer y pagar a la accionante, la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor ADOLFO CUELLAR LOZANO, el 02 de julio de 1988, en cuantía de $25.637 (SMLMV) para cada anualidad en adelante; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 22 de junio de 2012, condenando al retroactivo pensional a partir del 23 de junio de 2012 a la fecha de la sentencia en cuantía de $82.183.173, la cual ordenó indexar al momento de su pago. Absolvió por las demás pretensiones.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que en aplicación del Acuerdo 224 de 1966, el causante, conforme a lo dispuesto en los artículos 20 y 21, dejó configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes por haber cotizado en vida 480 semanas, que si bien dicho acuerdo no indicada nada en relación con los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en este caso la compañera permanente, la Ley 90 de 1946 si precisaba cuales eran los requisitos para tal efectos, los cuales indicó, quedaron demostrados conforme a la prueba testimonial recaudada, esto es, que la demandante sí convivió con su compañero fallecido por espacio de 09 años, desde el año 1979 a 1988, también quedó demostrada la dependencia económica de la actora de su compañera como quiera que no estaba vinculada laboralmente a una entidad pública o privada ni trabajaba de manera independiente, aunado que vivían bajo el mismo techo, dedicándose ella a las labores del hogar, al cuidado de su esposo e hija.

En consecuencia, señaló que se declara cumplido por parte de la demandante los presupuestos legales para adquirir la pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente, a partir del 02 de julio de 1988, fecha del fallecimiento del señor Adolfo Cuellar, teniendo en cuenta los mínimos y máximos pensionales, estableciendo una mesada pensional inicial igual al SMLMV para la época del fallecimiento ($25.637). En cuanto a la excepción de prescripción, la declaró prescrita parcialmente pues el señor Adolfo Cuellar falleció el 02 de julio de 1988, la reclamación administrativa se presentó en el año 2015 y la presentación de la demanda fue el 03 de agosto de 2016, por lo que se declararon como prescritas las mesadas pensionales causadas con antelación al 22 de junio de 2012 toda vez que se superaron los términos legales entre el fallecimiento del actor y la reclamación administrativa. Sobre los intereses moratorios, indicó que, para el caso en particular,

no eran procedentes en razón a que la pensión reconocida se basa en reglamentaciones expedidas con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993, soportando su decisión en Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral (SL1681-2020).

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandante apeló parcialmente la decisión en lo atinente a los intereses moratorios, argumentando que la pensión solicitada fue en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es en el año 2015; ley que estableció respecto a los intereses de mora que, a partir del 01 de enero de 1994 y en caso de mora, la entidad correspondiente reconocerá y pagará además de lo adeudado por la obligación a su cargo, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago. Por ende, solicitó se reconozcan los mismos.

Por su parte, la apoderada judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión pues consideró que, esta entidad en su labor investigativa constató que no existió convivencia como compañeros permanentes durante los últimos tres años anteriores al fallecimiento del causante. Además, el fallecimiento del señor Adolfo Cuellar tuvo ocasión en la ciudad de Neiva y conforme a la declaración de la demandante, manifestó su domicilio como lugar diferente al del occiso; también se verificó mediante la declaración del señor Marco Tulio Rodríguez Hernández quien igualmente confirmó lo manifestado por la actora, que el causante solo vivía con su hija y la reclamante los visitaba; que la versión de la testigo, señora Rubí Pérez corroboró lo anterior al afirmar que su primo vivía solo y la actora en el barrio Quiroga, acotando tener en cuenta que los testigos manifestaron todo lo contrario a lo que se declaró en la sentencia. Por lo anterior y en razón a que la demandante no acreditó la convivencia permanente con el fallecido, resulta improcedente la pretensión solicitada por ir en contra vía del ordenamiento legal y solicitó sea revocada la decisión de primera instancia y en su lugar absolverla de las condenas impuestas.

## 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, la accionante presentó alegaciones en similares términos a los de la alzada, solicitando condena por el pago de intereses moratorios. La parte accionada guardó silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, resolver el siguiente problema jurídico: Establecer si la demandante AMANDA DEL CARMEN CUEVAS CENDALES acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente del señor ADOLFO CUELLAR LOZANO. En caso afirmativo, en qué términos se ha de conceder la prestación, en particular respecto de los intereses moratorios.

## CONSIDERACIONES

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del señor ADOLFO CUELLAR LOZANO acaeció el 02 de julio de 1988 conforme al registro civil de defunción que reposa en el expediente administrativo obrante en CD de folio 65; fecha para la cual se encontraba afiliado al entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 10 de abril de 1978, habiendo cotizado un total de 480.28 semanas hasta el 1° de enero de 1988.

Ha de indicarse que la pensión de sobrevivientes, a la luz de los principios que inspiran el Estatuto de Seguridad Social, fue consagrada como una prestación económica tendiente a cubrir las contingencias que se suscitan con ocasión de la muerte del afiliado o pensionado que brinda asistencia económica a su grupo familiar, por lo que su finalidad principal consiste en evitar que la familia del causante quede desamparada ante la ausencia de los ingresos que generaba la actividad laboral del asegurado, por lo que se hace necesario que en el Sistema recaiga las cargas materiales que se generan de cara a dicho infortunio, y menguar las aflicciones morales inherentes a dicho evento.

Como es sabido, el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, así como las controversias que se susciten en torno del mismo, deben regularse por las normas vigentes al fallecimiento del afiliado o pensionado, por lo que frente a este derecho pensional, a diferencia del que surge como consecuencia de la contingencia de vejez, no puede remitirse a normas anteriores al acaecimiento del riesgo que se asegura, toda vez que en este evento no se está frente a un derecho adquirido ni expectativa legítima, dado que éste solo nace en cabeza de quienes sean beneficiarios una vez se suscite el fallecimiento del asegurado o pensionado.

Puestas así las cosas, se precisa que como quedó dicho en precedencia, al haber fallecido el causante 02 de julio de 1988, la norma aplicable lo es el artículo 20 del Decreto 3041 de 1966, mediante el cual se aprobó Acuerdo 224 del mismo año, el cual reza:

> «ARTICULO 20. Cuando la muerte sea de origen no profesional, habrá derecho a pensiones de sobrevivientes en los siguientes casos:
> a. Cuando a la fecha del fallecimiento el asegurado hubiere reunido las condiciones de tiempo y densidad de cotizaciones que se exigen, según el artículo 5o para el derecho a pensión de invalidez;
>
> b. Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando de pensión de invalidez o de vejez según el presente reglamento».

A su turno, el mencionado artículo 5 de dicho decreto, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 019 de 1983, aprobado por el Decreto 232 de 1984, contemplaba dos circunstancias posibles para acceder a dicha prestación; la primera, que el afiliado hubiere satisfecho 150 semanas en los 6 años anteriores a su deceso, de ellas 75 en los últimos 3 años; o, la segunda, que hubiere cotizado 300 semanas en cualquier tiempo[1].

Descendiendo al caso sometido a consideración de esta Sala, con base en la historia laboral que reposa en el expediente administrativo, CD folio 65 del plenario, se advierte sin mayor esfuerzo que efectivamente el causante cumplió a cabalidad todos y cada uno de esos requisitos, no sólo cotizó 300 semanas en cualquier tiempo, sino que durante los 6 años anteriores al deceso, esto es, entre el 02 de julio de 1982 al mismo día y mes de 1988, el afiliado fallecido cotizó un total de 287,14 semanas, de las cuales, 130,57 fueron cotizadas dentro de los tres años anteriores al deceso, esto es, entre el 02 de julio de 1985 al 2 de julio de 1988.

Acreditado como se tiene que el afiliado dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, resta ahora verificar si la señora AMANDA DEL CARMEN CUEVAS CENDALES, cumple con los requisitos para reputarse beneficiaria del causante, para lo cual, valga decir que si bien en principio, acorde con lo previsto en el artículo 21 del mismo decreto, únicamente se preveía tal prerrogativa a quien acreditase la calidad de cónyuge, en el caso se marras la actora persigue la prestación en calidad de compañera permanente.

[1] Ver entre otras las sentencias CSJ SL del 20 de oct. 2003, rad. 21216 y CSJ SL461-2020

Al respecto, es menester recordar que la Jurisprudencia Laboral se ha ocupado de forma de forma reiterada del asunto indicando la posibilidad de que la compañera permanente pueda acceder a la prestación por sobrevivencia, ante la ausencia de cónyuge, como es el caso que nos ocupa, precisando que desde el artículo 55 de la Ley 90 de 1946 se ha previsto que ante la inexistencia de cónyuge que se lo discutiera, la compañera permanente del causante podía adquirir el derecho a la sustitución pensional; tal como se recordó en las sentencias CSJ SL12896-2014, CSJ SL1131-2015, y CSJ SL4200 – 2016, reiterada en la CSJ SL4651-2020, que a su vez trajo a colación, la anteriormente mencionada en los siguientes términos:

> «3º) Superado lo anterior, el problema jurídico que le concierne resolver a la Corte estriba en dilucidar si para la fecha del fallecimiento del causante -1986- existían normas que habilitaban a la compañera permanente para adquirir la pensión de sobrevivientes.
>
> La respuesta a tal planteamiento es afirmativa, toda vez que para la época de la muerte del asegurado, se encontraban en vigor las Leyes 12/1975 y 113/1985, que claramente establecían el derecho de la compañera permanente de sustituir las pensiones de los trabajadores del sector privado y público.
>
> En esa dirección, importa resaltar que la primera de esas leyes, en su art. 1º, dispuso:
>
> Artículo 1º.- El cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convenciones colectivas (Negrillas de la Corte).
>
> Es cierto, como lo pone de presente el opositor, que dicha previsión literalmente cobija a las viudas o compañeras permanentes de los trabajadores que hubieren fallecido una vez cumplido el tiempo de servicios, pero sin la edad legal o convencional. Sin embargo, esta Corte en sentencia CSJ SL, 7 jul. 2009, rad. 25920, interpretó nuevamente esta disposición para incluir en ella a las supérstites de los pensionados o con derecho a la pensión de jubilación.
>
> En efecto, en la prenombrada providencia, esta Sala haciendo uso de un argumento a fortiori, consideró que si el derecho a la sustitución estaba consagrado en favor de la cónyuge o compañera permanente de los trabajadores que les faltaba la edad legal o convencional para adquirir el derecho, con mayor razón debía otorgarse en el evento de la muerte de quien reúne la totalidad de las condiciones pensionales o se encuentra pensionado. Expuesto en otros términos, si el derecho se concede en favor de la beneficiaria del causante que no alcanzó a completar los requisitos de jubilación, lógicamente debe reconocerse a la beneficiaria de quien los tenía completos. Para más ilustración, esto dijo la Corte:
>
> Si como se ha estimado, no existe fundamento lógico para que el legislador discrimine a la compañera del pensionado fallecido, frente a la del trabajador que perece sin cumplir la edad necesaria pero con el tiempo de servicios mínimo, es claro para la Sala que existe un vacío legislativo, pues tal omisión de regulación no obedece a una intención clara y definida, sino a una falta de previsión que, por mandato del artículo 19 del C. S. T., debe ser corregida por el intérprete con los instrumentos de integración normativa que le ofrece esta disposición, y que se

> supera mediante el razonamiento lógico, según el cual si la compañera permanente tiene derecho a disfrutar de pensión de su compañero, cuando éste fallece teniendo el tiempo de servicio mínimo requerido para acceder al derecho pero sin cumplir la edad, con mayor razón tendrá derecho, la compañera permanente de quien fallece no solo con el tiempo de servicios cumplido sino además la edad, pues en este último evento se colman cabalmente, y aún más allá, las exigencias fácticas mínimas requeridas por la norma para acceder al derecho.
>
> Yendo más allá. En el caso de las pensiones a cargo del Instituto de Seguros Sociales, como la de este asunto, desde la L. 90/1946 existió en favor de la compañera permanente el derecho a la pensión de «viudedad», denominada después «de sobrevivientes», a condición que: (i) el afiliado no hubiere dejado cónyuge supérstite; (ii) el de cujus y su derechohabiente se mantuvieren solteros durante el «concubinato»; (iii) la reclamante hubiera hecho vida marital, durante los 3 años anteriores a la muerte de su compañero, a menos que hubieran procreado hijos comunes (art. 55, L. 90/1946).
>
> El artículo que contenía estas reglas, aunque fue consagrado para las pensiones por accidente o enfermedad profesional, resultaba aplicable, en virtud de lo dispuesto en el art. 62 de la misma ley, a las pensiones por muerte común. Tales disposiciones no fueron modificadas por el A. 224/1966, aprobado por el D. 3041 del mismo año, ni derogadas por el D. 433/1971».

En ese orden de ideas, para ser considerado beneficiario de la prestación por sobrevivencia, en condición compañero(a) permanente supérstite para la época del fallecimiento del causante, se requería que el afiliado no hubiere dejado cónyuge supérstite, aspecto que no se encuentra en discusión, así como que el derechohabiente y el causante se mantuvieren solteros durante el «concubinato», lo cual también ocurre en el caso de marras y finalmente, que la reclamante hubiera hecho vida marital, durante los 3 años anteriores a la muerte de su compañero, a menos que hubieran procreado hijos comunes.

Frente a este último aspecto, encuentra la Sala que la demandante y el de cujus procrearon una hija, cuyo nacimiento data del 10 de febrero de 1981, tal como consta en la copia del Registro Civil de Nacimiento obrante a folio 29, con lo cual bastaría para tenerla como beneficiaria de la prestación por sobrevivencia; sin embargo, también se probó que la pareja CUELLAR-CUEVAS, hizo vida marital por espacio de 9 años aproximadamente con anterioridad a la muerte del causante. Lo anterior teniendo en cuenta que la prueba testimonial recaudada de los señores Marco Tulio Rodríguez Hernández y María Nubia Cuellar de Romero (ésta última hermana del causante) quienes al unísono expusieron conocer a la pareja desde el año 1978, momento desde el cual convivieron de manera ininterrumpida en el barrio Quiroga de Bogotá, hasta el año 1988, cuando ocurrió el fallecimiento del señor Adolfo Cuellar por causa de un accidente automovilístico, que la pareja procreó una hija de nombre Lidy Andrea Cuellar Cuevas, hoy mayor de edad; además indicaron que la actora

dependía económicamente de su marido, dado que ésta se dedicaba al hogar y que, de igual modo indicó la hermana del causante, éste no tenía vivienda en la ciudad de Neiva-Huila, sino solo la perteneciente a sus padres. Debe indicarse que, si bien se tachó la versión de la hermana del causante, no se encontró parcialidad en sus dichos o ánimo de favorecimiento a la actora, por el contrario fue conteste y fluida en sus afirmaciones sin advertirse contradicción o incongruencias incluso con la versión del señor Rodríguez, pues al plenario no se aportaron las declaraciones que al parecer ofreció el mismo en desarrollo de la investigación administrativa adelantada por COLPENSIONES y que tampoco se agregó al presente proceso.

En ese orden de ideas, estima la Sala que la demandante acreditó los requisitos para hacerse acreedora a la pensión de sobrevivientes que aquí se reclama, por ello habrá de confirmarse la decisión de primer grado en este puntualísimo aspecto; de otro lado, se observa que la cuantía se determinó en suma equivalente al salario mínimo legal vigente, por lo que al no ser este punto objeto de reproche en alzada por la demandante se mantendrá incólume.

De conformidad con lo anterior, se considera que la definición de primer grado se ajusta a los parámetros legales, de conformidad con las normas vigentes a la fecha de la muerte del causante, tal como quedó explicado, por lo que no le asiste razón a la parte recurrente en sus apreciaciones al quedar plenamente demostrado, que conforme a los requisitos específicos de la mentada norma, la actora por el sólo hecho de haber procreado una hija con el causante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, además que también probó lo relativo a la vida marital respecto del afiliado fallecido en los últimos 3 años de vida.

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 está llamada a prosperar parcialmente como quiera que se trata de una prestación periódica, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 22 de junio de 2012, como quiera que si bien el derecho pensional se causó el 02 de julio de 1988, se solicitó ante COLPENSIONES la prestación el 22 de junio del 2015, siendo resuelta mediante Resoluciones GNR 415110 del 22 de diciembre de 2015, GNR 27849 del 24 de febrero de 2016 y VPB 19041 del 25 de abril de 2016 (fls. 16 a 22) y teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 03 de agosto de 2016 (fl. 36), siendo notificada efectivamente en los términos de que trata el artículo 94 del CGP, resulta claro que la

excepción de prescripción se configura respecto de las mesadas periódicas causadas con anterioridad al 22 de junio de 2012, tal como lo determinó el juez a quo.

Con el ánimo de verificar el retroactivo calculado en primera instancia, una vez efectuadas las operaciones de rigor arroja lo siguiente:

| DESDE | HASTA | MESADAS | MESADA | RETROACTIVO |
|---|---|---|---|---|
| 23/06/2012 | 31/12/2012 | 7,30 | $ 566.700,00 | $ 4.136.910,00 |
| 1/01/2013 | 31/12/2013 | 14,00 | $ 589.500,00 | $ 8.253.000,00 |
| 1/01/2014 | 31/12/2014 | 14,00 | $ 616.000,00 | $ 8.624.000,00 |
| 1/01/2015 | 31/12/2015 | 14,00 | $ 644.350,00 | $ 9.020.900,00 |
| 1/01/2016 | 31/12/2016 | 14,00 | $ 689.455,00 | $ 9.652.370,00 |
| 1/01/2017 | 31/12/2017 | 14,00 | $ 737.717,00 | $ 10.328.038,00 |
| 1/01/2018 | 31/12/2018 | 14,00 | $ 781.242,00 | $ 10.937.388,00 |
| 1/01/2019 | 31/12/2019 | 14,00 | $ 828.116,00 | $ 11.593.624,00 |
| 1/01/2020 | 31/10/2020 | 11,00 | $ 877.803,00 | $ 9.655.833,00 |
| TOTAL, RETROACTIVO DE LAS MESADAS | | | | $ 82.202.063,00 |

Sin embargo, al juez a quo le arrojó la suma de $82.183.173, por tal motivo, como la parte actora no presentó objeción alguna y al revisarse este punto en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se mantendrá incólume dicho retroactivo.

Frente a la imposición de los intereses moratorios, aquellos resultan improcedentes toda vez que la prestación reconocida tiene su origen en el Acuerdo 224 de 1966 con sus reformas, y la figura pretendida aparece solamente con la expedición de la Ley 100 de 1993, argumento que encuentra sustento entre otras, en las sentencias CSJ SL3736-2019 y CSJ SL4651-2020, bajo el entendido que las normas de derecho del trabajo y de la seguridad social rigen hacia futuro y tienen efecto general inmediato y se dispone expresamente la prohibición de retroactividad frente a situaciones que ya se consolidaron en el pasado o que se consumaron anteriormente, ello en aras de procurar seguridad jurídica y estabilidad de las relaciones entre los diversos actores del mundo del trabajo y del sistema de seguridad social. De modo que, no le asiste razón al recurrente por activa, al pretender la aplicación retroactiva del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 frente a una pensión causada con anterioridad a la vigencia de esta normatividad, en subsidio, resulta procedente la indexación de las sumas adeudadas, tal como lo concluyó el juez a quo, por ello se confirmará la decisión en este aparte.

Finalmente, se adicionará la decisión en el sentido de autorizar a COLPENSIONES para que del retroactivo efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, los cuales operan

de manera automática ya que es un aporte obligatorio que se debe realizar al pensionado.

En razón de lo expuesto, se adicionará la decisión de primer grado. 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,

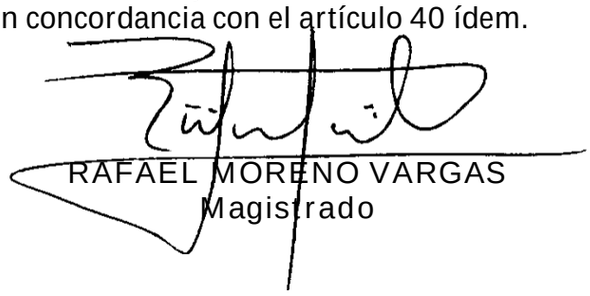
## RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de AUTORIZAR a la entidad accionada para que efectúe los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud que correspondan del retroactivo pensional, conforme fue definido en la presente decisión. En lo demás se confirma.

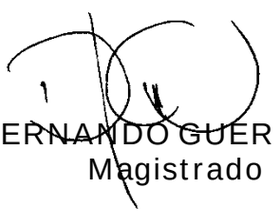
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

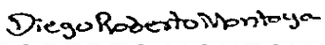
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado LEONOR VICTORIA ALONSO DE MOTTA Y EVER GERARDO MOTTA MURCIA contra AFP PORVENIR S.A. Y MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. Rad. 110013105-014-2018-00155-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala 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 recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la accionada MAPFRE contra la sentencia proferida el 19 de octubre de 2020 por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Los señores LEONOR VICTORIA ALONSO DE MOTTA Y EVER GERARDO MOTTA MURCIA, a través de apoderado judicial, pretenden se declare que su hija JOHANNA MOTTA ALONSO, dejó causado el derecho para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en su favor; en consecuencia, de condene a PORVENIR y MAPFRE, a que les reconozca, liquide y pague la pensión de sobrevivientes en calidad de padres de la causante, con fecha de causación el 03 de enero de 2017; por ende, paguen las mesadas atrasadas desde el momento del fallecimiento de su hija con su respectiva indexación a la fecha de pago; al pago de por intereses corrientes y moratorios, costas y agencias en derecho, así como a lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicaron haber contraído matrimonio el día 08 de septiembre de 1973 hasta la fecha y fruto de esa unión, el 07 de enero de 1975 nació JOHANNA MOTTA ALONSO, quien vivía con sus padres y de su actividad laboral disponía sufragar los gastos que demandaba el hogar; así mismo, afilió a sus padres al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a la EPS Coomeva, en calidad

de beneficiarios desde el año 2007. Que el 03 de abril de 2014, a la causante le fue reconocida por parte de la AFP PORVENIR pensión de invalidez por riesgo común, prestación económica que con posterioridad fue trasladada para su pago y por disposición de la misma a MAPFRE COLOMBIA. Sin embargo, el 03 de enero de 2017, la causante falleció por causas de origen común, sin haber procreado hijos, tampoco sociedad conyugal o sociedad de hecho en su vida, por lo que siempre convivió con sus padres proveyéndoles todo lo necesario en lo económico para poder llevar una vida digna; consecuentemente, los padres de la fallecida Johanna Motta solicitaron ante MAPFRE la sustitución pensional junto con declaraciones extraprocesales, las cuales indicaron la dependencia económica de su fallecida hija pues no cuentan con casa propia, viven en arriendo, que era pagado por la causante; además, no tienen ningún tipo de pensión o rentas, dependiendo económicamente de la fallecida; no obstante, dicha solicitud fue rechazada por la entidad accionada (fls.23 a 43).

## CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, manifestando que la parte actora es quien debe demostrar la dependencia económica hacia su hija, pues no basta con la sola manifestación hipotética de la misma, ya que si bien es cierta la posibilidad que los padres dependientes económicos de su hijo sean reconocidos como beneficiarios, también lo es, que de acuerdo con la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la mera presencia de un auxilio o ayuda monetaria del hijo, no configura una dependencia económica a favor del progenitor. Por lo anterior, arguyó que de acuerdo con lo investigado por esta entidad para el caso en concreto, se estableció que los gastos personales de la señorita Johanna, ascendían a $1.595.000, valor superior a lo percibido como concepto de mesada pensional, $998.539, adicional a ello, los familiares del actor le han prestado ayuda económica desde antes de la muerte de su hija, lo que demuestra que no dependían económicamente de su ella. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia del derecho, toda vez que, no se cumplen los presupuestos legales para hacer exigible la sustitución pensional» y «genérica o innominada» (fls.52 a 58).

Por su parte, la AFP PORVENIR S.A., contestó la demanda, con oposición a las pretensiones incoadas en su contra, para lo cual manifestó que, la señora Johanna Victoria Motta Alonso suscribió formulario de vinculación con esta AFP, el 05 de abril de 2002; posterior a ello, el 24 de julio de 2013 radicó reclamación administrativa de pensión de invalidez, seleccionando la modalidad de renta vitalicia inmediata, la cual le fue reconocida por un valor de $969.485, a partir del 31 de marzo de 2011. En agosto de 2014, esta administradora en virtud de la modalidad pensional seleccionada, contrató a nombre

de la Sra. Motta Alonso, una renta vitalicia con MAPFRE, en virtud de la cual esta última se comprometió a pagarle una renta mensual vitalicia hasta su muerte y la del último de sus beneficiarios con derecho a pensión de sobrevivientes, por ello, trasladó la totalidad de saldos que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la Sra. Motta Alonso; resaltando que los contratos de renta vitalicia se suscriben única y exclusivamente entre los afiliados y las aseguradoras, razón por la cual, el papel de PORVENIR llegó hasta el momento en que giró a MAPFRE los aportes de la cuenta de ahorro individual de la afiliada en el mes de agosto de 2014, quedando desligada de cualquier obligación pensional en este caso, por lo que solicita se le absuelva de todos y cada uno de los cargos formulados en la demanda. Propuso como excepciones de mérito las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «falta de causa para pedir», «buena fe», «innominada o genérica» y «prescripción» (fl.91 a 95).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 19 de octubre de 2020, declaró que los demandantes son beneficiaros de la sustitución pensional como consecuencia del fallecimiento de su hija JOHANNA VICTORIA MOTTA ALONSO. Condenó a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en favor de los demandantes en proporción del 50% para cada uno, a partir del 03 de enero de 2017, en cuantía de $1.134.702, junto con los reajustes anuales y la mesada adicional; igualmente, condenó a MAPRE, cancelar el retroactivo pensional desde el 03 de enero del 2017 hasta el 31 de octubre de 2020, por un valor de $58.564.000,65. Finalmente, condenó a MAPFRE al pago de intereses moratorios después de los dos meses a partir de la solicitud hecha por los demandantes para su respectivo reconocimiento pensional y hasta la fecha en que se efectúe el pago con el respectivo retroactivo pensional. En cuanto a PORVENIR, la absolvió de las condenas incoadas en su contra y condenó a MAPFRE en costas procesales.

Para arribar a la anterior conclusión señaló que, está demostrada la calidad de pensionada de la hija de los accionantes, cuyo fallecimiento se dio en vigencia de la Ley 100 de 1993, la cual establece que, a falta de cónyuges o hijos, son los padres sobrevivientes que dependan económicamente de su hijo o hija fallecido, con el requisito de haber acreditado la condición de beneficiaros y acreditar la dependencia económica. En ese sentido, señaló los demandante si la acreditaron, pues al momento del fallecimiento no tenían trabajo ni eran pensionados, por lo que la causante en vida los tenía afiliados al Sistema de Salud, pues no estaban vinculados a ninguna empresa, además se acreditó que la demandante se desempeñó como modista y en la enfermedad de su hija se dedicó a cuidarla y su padre se dirigía a realizar los procedimientos de medicamentos para su hija, razón por la cual

recibieron ayudas por parte de la familia del demandante pero que no constituyeron ingresos mensuales seguros pues la pensión de su hija no alcanzaba para cubrir la totalidad de sus gastos, como también fue indicado por los testigos y que no fueron objetos de tacha. Señaló, si bien la familia ayudaba a los gastos que no alcanzaban a ser cubiertos con la pensión de su hija, ello no desvirtuaba la dependencia económica de los padres hacia su hija. Agregó, era la hija de los accionantes, quien se encargaba de suministrar vivienda, tanto que erogó la cuota inicial de la vivienda que ahora ocupan sus padres, atendió gastos médicos y del hogar, pues si bien la pareja obtenía algunos ingresos por la confección y venta de cuadros, estos resultan insuficientes pues eran esporádicos y con motivo de la dedicación completa de su hija, no lograron seguir trabajando y resultaron insuficientes los ingresos para la subsistencia de la familia; por lo tanto, concedió la prestación por sobrevivencia. En lo que refiere a los intereses moratorios, señaló que si bien la demandada MAPRE negó el reconocimiento pensional por los aportes que recibían los demandantes por su familia y que solo durante el proceso se acreditó no ser suficientes, precisó, estos tienen el carácter de resarcitorios, por lo que eran procedentes, después de dos meses a partir de la solicitud hecha por los demandantes para su respectivo reconocimiento pensional y teniendo en cuenta que MAPFRE ostenta el manejo de la póliza de renta vitalicia siendo esta la modalidad escogida por la causante en su momento.

## RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandada MAPFRE, inconforme con la decisión, presentó recurso de apelación, argumentando para tal efecto que, se realizó una indebida valoración probatoria pues la parte actora no acreditó la dependencia económica significativa requerida por la Corte Constitucional y las leyes vigentes al momento del deceso de la causante; asimismo, señaló que se demostró de acuerdo con la investigación que realizó en su oportunidad, que los valores que tenía por gastos la causante eran superiores a los que percibía económicamente, por tal motivo no era significativa ni relevante la ayuda que le otorgaba a sus padres, por lo que solicitó se revoque la sentencia.

## 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. presentó alegatos de conclusión solicitando se confirme la decisión de primer grado, en tanto y en cuanto, la absolvió de las pretensiones. Los demás sujetos del proceso guardaron silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación resolver el siguiente problema jurídico: Establecer si LEONOR VICTORIA ALONSO DE MOTTA Y EVER GERARDO MOTTA MURCIA acreditan los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente en calidad de padre y madre y dependientes económicos de su hija fallecida.

## CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico, debe advertirse que se acreditó que PORVENIR S.A. mediante comunicación del 18 de julio de 2014 le reconoció pensión de invalidez a la señora JOHANA VICTORIA MOTTA ALONSO a partir del 31 de marzo de 2011, fecha de estructuración de su estado de invalidez en cuantía inicial de $969.485 (fls. 12, 88-89); prestación que luego de adelantarse los trámites correspondientes fue asumida por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. a partir del mes de septiembre de 2014 (fls. 14, 14 y 90) y que la pensionada falleció el 03 de enero de 2017 (fl. 15).

Es decir, que la controversia se habrá de zanjar de conformidad con el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece en su literal d) que, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.

Para ello es necesario indicar que la Corte Constitucional en sentencia C – 111 de 2006, declaró inexequible la expresión que relacionaba el concepto de dependencia económica en «forma absoluta y total» como se concibió inicialmente en la norma antes citada, por tanto determinó que la dependencia económica se entiende como la falta de condiciones materiales que le permitan a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes suministrarse para sí misma su propia subsistencia, por lo que ésta supone un criterio de necesidad, que resulta indispensable para asegurar la subsistencia de quien, como en el caso de los padres, al no poder sufragar los gastos propios de la vida, pueden requerir de dicha ayuda. Por ello la dependencia económica no siempre es total o absoluta, pues no excluye que aquellos puedan percibir un ingreso adicional, siempre y cuando este no los convierta en autosuficientes económicamente, valga decir, haga desaparecer la relación de subordinación frente al hijo fallecido[1].

Así pues, a voces del estudio de constitucionalidad hecho en la precitada sentencia, es imperioso reconocer la pensión de sobrevivientes a aquellos padres que a pesar de percibir ingresos adicionales o cualquier otro tipo de prestación económica del que sean titulares, estos no le garantizan una autosuficiencia económica en condiciones dignas; en consecuencia, estima la citada Corporación, que no se debe demostrar por parte de los

[1] Sentencia C-111 de 2006.

beneficiarios progenitores del causante, «una situación total y absoluta de desprotección económica sinónimo de miseria, abandono e indigencia, con el propósito de garantizar el reconocimiento de su derecho a la pensión de sobrevivientes, es desconocer que la vida del hombre en términos constitucionales, no se limita al hecho concreto de sobrevivir, sino que exige un vivir con dignidad, esto es, de acuerdo con las condiciones que le permitan sufragar -en realidad- los gastos propios de la vida, lo que no excluye la posibilidad de los padres de obtener otros recursos distintos de la citada pensión, siempre que los mismos no le otorguen independencia económica».

De igual forma, agrega la Corte Constitucional, es menester considerar que dada la avanzada edad los padres, ello les imposibilita abrirse campo en el mercado laboral, y procurarse un empleo que les pueda proveer un mínimo existencial, o a pesar de generarse ingresos adicionales estos son tan ínfimos, que se encuentran subordinados a la protección económica que en parte le puedan brindar sus hijos. Es por esta razón, que el precedente constitucional exige que los otros recursos adicionales que pudieran tener los padres no les alcance para su subsistencia, la cual, según la Corte, debe satisfacerse en «términos reales y no con asignaciones o recursos meramente formales».

De esta forma, la subordinación o dependencia al auxilio que se recibe del hijo fallecido, debe determinarse atendiendo a las particularidades de la situación personal del beneficiario, y lo único que debe escudriñar el Juez, es que los posibles ingresos adicionales no los haga autosuficientes económicamente, valga decir, que desaparezca el vínculo de sujeción a la ayuda pecuniaria del hijo. En este orden de ideas, en el plurimencionado pronunciamiento la Corte adoctrinó los criterios que se debían tener en cuenta para determinar si hay independencia económica por parte de los padres, al momento del fallecimiento del causante, los que se sintetizan así:

1) Que los recursos económicos diferentes al auxilio que reciben del hijo fallecido, no sean suficientes para que se cubran los gastos de subsistencia mínima y tener una vida digna;
2) El devengar un salario mínimo no determina la independencia económica.
3) «No constituye independencia económica recibir otra prestación[2]. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993[3]».
4) No se desvirtúa la dependencia económica por el simple hecho que el beneficiario perciba una suma dineraria mensual o ingreso adicional.
5) Los ingresos adicionales deben ser permanentes y suficientes.

[2] Sentencia T-281 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
[3] Dispone la norma en cita: *«Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez»*

6) El hecho de tener propiedad sobre un inmueble, tampoco rompe la subordinación económica.

De igual manera, el Alto Tribunal de esta especialidad en sentencia SL4103 del 2 de marzo de 2016, ha enfatizado que la dependencia económica debe tener las siguientes características: (i) la ayuda que suministraba el causante debía ser «significativa e importante, ya que no es suficiente la regular y simple colaboración de un buen hijo a sus padres para poder predicar la dependencia económica exigida»; (ii) tiene que ser «relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo para quienes se ven desprotegidos»; (iii) y si los padres devengan otros ingresos, se hace imperioso establecer «si no eran suficientes, y si en efecto se estaba en presencia de una subordinación respecto del hijo».

Descendiendo al caso sub examine, se observa en el cauce del debate probatorio que al presente juicio se trajeron los testimonios de CECILIA RAMÍREZ ÁLVAREZ y LUIS FELIPE DE SANTODOMINGO PARRA. La primera, refirió no tener parentesco con los demandantes, a los que conoció hace varios años por un curso de inglés; señaló que la señora Leonor trabajó para Telecom, pero se quedó sin trabajo formal por la liquidación de la empresa, por lo que comenzó hacer trabajos de modistería desde su casa. Indicó que se visitaban continuo cuando la pareja vivía en Bogotá, luego se mudaron a Madrid-Cundinamarca visitándose ocasionalmente por la distancia; indicó que, durante el tiempo que vivieron en Bogotá pagaban arriendo y en Madrid el apartamento es propio, pagado con la ayuda de su hija Johanna, ya que les dio la cuota inicial del inmueble, además porque ella vivió con sus padres en parte por su enfermedad. Que el salario de la señora Johanna antes de tener la enfermedad fue de alrededor de 3.000.000, conoce este valor pues a causa de sus depresiones, tomó terapia ella, dado que es psicóloga y le contó esto, también que tenía ahorros; igualmente, indicó que la causante era ingeniera electrónica y su trabajo fue acorde a su profesión. En cuanto a la ayuda prestada a sus padres, consistió en la vivienda y mercados, ya que vivió junto con sus padres hasta el día de su muerte, adicionalmente, ella afilió a sus padres como beneficiarios de su EPS, sin tener conocimiento exacto de la fecha de su afiliación. Relató que, los cónyuges no recibían algún otro ingreso permanente por parte de su familia, referente al canon de arriendo que pagaban en Bogotá, refirió no conocer el valor, pero sí, que era en un apartamento pequeño. Indicó la testigo, que la fallecida también aportaba en el hogar para sus servicios y cuando logró su pensión por enfermedad, ella tuvo que asumir los gastos del hogar pues su madre se dedicó a cuidar a su hija, mientras que su padre al ser pintor se dedicó a comercializar sus obras pero que ello no era fácil.

Por su parte el señor LUIS FELIPE DE SANTODOMINGO PARRA, manifestó conocer la pareja desde hace aproximadamente 18 años, con ocasión a la relación de noviazgo que tuvo su hijo con la hija de los actores, indicó que el salario de la causante era de aproximadamente dos millones y unos bonos en su trabajo como ingeniera para una empresa, lo cual conoce en razón a que, por dificultades con su EPS instauraron tutelas y ella le comentó, también indicó que la causante tenía ahorros y los gastos de su núcleo familiar estaban a su cargo, pues los padres de la fallecida convivieron con ella hasta el día de su deceso; así mismo, dijo no tener conocimiento exacto de si tenía afiliados a sus padres en salud. De otro lado, indicó el testigo que la señora Johanna en principio vivió con sus padres en Villa del Prado y después a un barrio cerca del Centro Comercial Santa Fe en Bogotá, donde pagaban arriendo con ayuda de familiares y la señora Johanna. En cuanto a los gastos personales de la fallecida refirió no tener conocimiento de estos. Finalmente, señaló que visitaba el hogar de la señora Johanna y sus padres con cierta regularidad, cada dos o tres meses.

Por otro lado, los accionantes rindieron interrogatorios de parte. La señora Leonor Motta indicó que la causante era quien sufragaba los gastos del hogar cuando estaba en vida, entre ellos el arriendo, servicios públicos y la comida que la sufragaba con bonos Sodexo; precisó que los gastos los sufragaba inicialmente con el sueldo y luego con la pensión y sus ahorros. Que cuando su hija enfermó de un cáncer, les dijo que dejaran de laborar y que ella se hacía cargo de la parte económica, aproximadamente para el año 2013, dedicándose ambos padres a estar pendientes de ella, entre otras el hecho de estar pendiente de las citas y autorizaciones de EPS, y acompañamiento a citas y clínicas. Que algunos de sus familiares, sus cuñados quienes eran médicos, les ayudaban y siguen ayudando económicamente, a pagar un servicio, por ejemplo, pero no algo mensual, por el contrario, eran ayudas relacionadas con el alimento de la causante y demás temas de salud. Agregó que tienen otro hijo que sufre de problemas mentales, de modo que no ayudaba ni ayuda actualmente, pues no realiza actividades.

Por su parte el padre de la causante, indicó no recordar muy bien el monto de los ingresos de su hija para la fecha del fallecimiento, pero eran aproximadamente dos millos de pesos más bonos de Sodexo inicialmente, luego la pensión de invalidez que era sobre el 45% de ese valor; que los gastos eran sus cosas personales, las drogas y gastos normales de una mujer; que ella asumía los gastos del hogar, incluidos los servicios, administración y la cuota del apartamento, pues era muy organizada y tenía ahorros que incluso les sirvieron en ese sentido; que el valor aproximado de esos gastos eran de $900.000 y algunos familiares, sus hermanos les ayudaban con la comida y cada que podían les ayudaba, sin embargo, no era algo mensual ni fijo. Que actualmente viven en apartamento propio, que su hija aprovechó para adquirirlo por vivienda de interés social y se los dejó a nombre de

ellos, el cual todavía están pagando y su familia los ayuda con esas cuotas. Que su esposa dejó de trabajar una vez su hija se enfermó y a partir de ahí ha hecho costuras de manera independiente, con trabajos que resultaban de vez en cuando y él es pintor, pero que hace tiempo no vende una pintura.

Así mismo, se agregaron las declaraciones extra proceso de los referidos testigos y del señor ERIC LEONARDO SEGURA LSMES (fls. 20 a 22), quienes en similares términos indicaron que la causante era soltera sin unión marital de hecho, que sus padres, los hoy demandantes, no laboran ni reciben pensión, subsidio o cualquier otro ingreso y dependían económicamente de su fallecida hija para todos sus gastos personales, salud, vivienda y manutención en general, ya que convivían bajo el mismo techo.

De igual manera, se agregó certificado emitido por la EPS COOMEVA de fecha 15 de julio de 2013, donde se indica que la fallecida JOHANNA VICTORIA MOTTA ALONSO se encontraba vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud Régimen Contributivo por intermedio de esa entidad desde el 01 de diciembre de 2006 hasta la fecha de expedición del certificado, en calidad de COTIZANTE CABEZA DE FAMILIA, teniendo como beneficiarios a sus padres, hoy demandantes; así como también se aportó el formulario único de afiliación a dicha EPS donde se consignó por parte la causante como beneficiarios a sus progenitores (fls. 10 y 11).

Bajo este panorama probatorio, considera la Sala que la conclusión a la que se llega a través de la libre formación del convencimiento con arreglo a la aplicación de las reglas de la sana critica probatoria, resulta suficiente para confirmar la decisión de primera instancia, dado que a los testimonios recaudados se les otorga credibilidad al ser contestes, coherentes y espontáneos, además, respondieron las preguntas de manera clara y sin titubeos en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el modo en que la causante ayudaba económicamente a sus padres, de modo que son idóneas, y resultan convincentes frente a los hechos que depusieron y permiten concluir entonces, que era en los hombros de la causante que descansaba el peso económico del hogar, donde pagaba el arriendo, servicios públicos y alimentación, además los tenía vinculados como sus beneficiarios al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De conformidad con lo anterior, se considera que la definición de primer grado se ajusta a los parámetros legales, vigentes a la fecha de la muerte de la causante, tal como quedó explicado, advirtiendo que si bien no se indicó con precisión a cuanto ascendía concretamente lo que proveía la accionante a la subsistencia de sus progenitores, huelga aclarar, que para acreditar la subordinación económica, no se requiere acreditar sacramentalmente a cuanto ascendía la ayuda económica, pues para lo que importa en este asunto, contrario a lo que se sostiene en la apelación, resulta claro que la causante

proveía económicamente al hogar que conformaba junto a sus padres, incluso a un hermano con problemas mentales, contribuyendo a solventar el arriendo, la alimentación, servicios públicos y gastos propios del hogar donde convivía con los actores, es decir, no se trataba de una mera ayuda o aporte, sino que tal obligación descansaba casi en su totalidad en la causante y aunque se señaló que algunos de los hermanos del señor MOTTA, esporádicamente también le ayudada, ésta no se precisó si tenía la vocación de hacer a los demandantes independientes económicamente, de modo pues que el aporte que brindaba la causante era de gran magnitud al momento de su muerte, por lo que desde esta perspectiva es dable concluir, que la protección económica brindada por la hija al momento de ocurrir el deceso era determinante para los demandantes en aras de poder financiar su vivienda, alimentación y sus gastos personales, es decir, con la contribución económica que hacía la hijo fallecida se reunía lo necesario para la congrua subsistencia de los demandantes, por cuanto ninguno de los dos a la fecha de su fallecimiento no se encontraba laborando y tampoco percibiendo pensión o ingreso alguno.

En conclusión, es claro que era la causante quien solventaba todos y cada uno de los gastos que permitían la subsistencia de sus padres hasta que se produjo el deceso; y reitera la Sala que los aportes adicionales que eventualmente reciben los demandantes de sus familiares no los hace autosuficientes económicamente, pues según las probanzas reseñadas tal ayuda era esporádica, razón por la cual pese a que no se demostró en juicio cifras puntuales de la ayuda que recibían los promotores del litigio, si quedó claro que la ayuda efectuada por su fallecida hija, desmejoró su condición socio económica.

En ese contexto, si el aporte de la hija no era una mera ayuda formal, sino que era relevante pues con ella se financiaba no solo la vivienda y alimentación de los padres sino todo lo de sus gastos y necesidades personales, es claro, que el aporte económico de la causante no estaba destinado sólo a suplir sus propios gastos; circunstancias estas que permiten concluir que existía una subordinación económica entre padres e hija, se itera, era la causante quien además de convivir bajo el mismo techo con sus padres, les prodigó amparo económico a sus progenitores.

Bajo este panorama probatorio, considera la Sala que la conclusión expuesta en precedencia a la que se llega a través de la libre formación del convencimiento con arreglo a la aplicación de las reglas de la sana critica probatoria, especialmente en lo que a los testimonios recaudados se refiere como ya se indicó, no deja duda sobre el particular, pues de lo que éstos dijeron hubo espontaneidad y no se observó parcialidad alguna en favor de los padres de la finada; lo cual 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, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

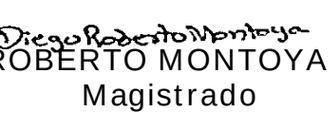
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado MARIA TERESA NIETO PEÑA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Rad. 110013105-019-2018-00470-01.

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 decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la demandada COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de octubre de 2020, así como su revisión en virtud del Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la misma.

## ANTECEDENTES

La señora MARIA TERESA NIETO PEÑA, pretende se declare que le asiste derecho, al reconocimiento de la sustitución pensional en su condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su esposo o compañero permanente, el señor JOSÉ BENITO ALDANA CASTILLO, el día 03 de mayo de 2016; como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLPENSIONES pagar el retroactivo correspondiente a las mesadas pensionales adeudadas, a los intereses moratorios, más lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que contrajo matrimonio católico con el causante, el señor JOSÉ BENITO ALDANA CASTILLO el 19 de diciembre de 1965. Que el causante fue pensionado por el Seguro Social, hoy COLPENSIONES, mediante Resolución No. 023949 del mayo 27 de 2008. Explicó que el causante por razones de carácter laboral, viajaba con frecuencia a Estados Unidos, país donde laboraba por temporadas, sin embargo, siempre mantuvieron hasta el día

de su muerte una convivencia marital permanente. Informó que en el año 2000 se divorciaron, no obstante, continuaron viviendo bajo el mismo techo, comentando que no existió la intención de un rompimiento en su afecto mutuo y que para el año 2002 restablecieron su vida de casados, sin embargo, no lo formalizaron de nuevo mediante una ceremonia religiosa, ni civil, siendo un hecho cierto, real y notorio. Precisó que COLPENSIONES emitió requerimiento al causante, con fecha del 05 de septiembre de 2014, para diligenciar un formato, sobre los beneficiarios en caso de su fallecimiento, siendo ella su única beneficiaria. Agregó que ante el fallecimiento del señor JOSÉ BENITO ALDANA CASTILLO el 03 de mayo de 2016, en la ciudad de New York, presentó reclamación ante COLPENSIONES para que le fuera sustituida la pensión, la cual resuelta de manera negativa mediante resoluciones GNR260955 de septiembre 2016, GNR 13476 de octubre de 2016 y VPB 44011 del 09 de diciembre de 2016. Concluyó que con la presentación de los recursos, anexó recibos y constancias de los giros que le realizaba el señor JOSÉ BENITO ALDANA, con su nombre de casada, en diferentes periodos desde el año 2003 hasta el año 2016, en razón a que toda su vida dependió económicamente de su esposo, ya que se dedicó al hogar y al cuidado de sus hijos, razón por la que argumentó no hay duda de la existencia de su vida marital los 5 años previos al fallecimiento, como esposos o como compañeros permanentes (Fls 1 a 17).

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando para tal efecto, que la demandante no logró demostrar la convivencia con el causante, el señor JOSÉ BENITO ALDANA, conforme lo establece el artículo 13 de la ley 797 de 2003, agregando que de acuerdo la investigación administrativa, no se logró acreditar la convivencia durante los últimos 5 años, pues si bien la actora estuvo casada con el causante, disolvieron la sociedad conyugal en el año 2.000, razón por la cual, no le asiste derecho a la pensión como al retroactivo al que hace referencia. Propuso como excepciones de fondo las de: «cobro de lo no debido», «inexistencia de la obligación», «imposibilidad de condena en costas», «prescripción», «imposibilidad del pago de intereses moratorios» y «solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones» (fls. 138 a 148).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 30 de octubre de 2020, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante, la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente, a

partir del 03 de mayo de 2016, en cuantía igual al 100% de la mesada pensional que venía percibiendo al momento del deceso, junto con el retroactivo que se cause desde dicha calenda, hasta que se produzca la efectiva inclusión en nómina, valor debidamente indexado hasta la fecha de su pago. Autorizó a la entidad a realizar los descuentos de ley a salud; declaró probada la excepción de «imposibilidad del pago de intereses moratorios» propuesta por COLPENSIONES y absolvió de las demás pretensiones.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, argumentó que no se encontraba en discusión que el señor JOSÉ BENITO ALDANA CASTILLO falleció el 03 de mayo de 2016 y que ostentaba la calidad de pensionado por parte del ISS hoy COLPENSIONES. Que dada la fecha de muerte del causante, la norma aplicable era la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, debiendo la actora acreditar el requisito de convivencia de 5 años continuos, de comunidad de vida y de socorro con anterioridad al fallecimiento. En ese sentido, encontró demostrado que la actora contrajo matrimonio con el causante, no obstante este se disolvió por lo que se debía acreditar la convivencia y la vocación de ayuda mutua, pese a la terminación del vínculo matrimonial, frente a lo cual concluyó conforme al material probatorio aportado que hasta el año de su fallecimiento, la pareja convivió, pese a su separación, por lo menos a partir del año 2003, acreditándose la existencia de esa vocación de ayuda, entre la aquí interesada y el causante, situación que no logró ser desvirtuada por ningún medio de prueba allegado al proceso, encontrando acreditados los requisitos por parte de la accionante para ser beneficiaria de la sustitución pensional; frente a la excepción de prescripción se declaró no probada, por cuanto el causante falleció del 03 de mayo de 2016, se agotó la vía administrativa y la demanda fue presentada el 31 de julio de 2018, antes de que transcurriera el término de la prescripción.

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la accionada interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, arguyendo para tal efecto que la demandante no logró acreditar tener derecho a la prestación solicitada, por cuanto no cumplió con los requisitos legales, para acceder a la pensión de sobrevivientes, pues aseveró que es evidente la inexistencia de los presupuestos fácticos y jurídicos para el reconocimiento de la prestación que la demandante aduce tener, en consecuencia al no existir un derecho palpable y cierto, su reclamo deviene inexistente. Recordó que si el fallecimiento del causante fue el 03 mayo de 2016, la norma que le resulta aplicable es la Ley 797 de 2003 artículo 12 y 13. Por otro lado, resaltó que con ocasión a la investigación administrativa se concluyó que no se acreditó el cumplimiento de los requisitos, toda vez que la demandante y causante convivieron

desde el día 19 de diciembre de 1995 hasta el año 2000, cuando se realizó un divorcio y se reanudó su convivencia en diciembre de 2012 hasta el 03 de mayo de 2016, cuando fallece el causante, por lo que no siendo posible validar convivencia permanente por los últimos 5 años previo a la muerte del causante. Recalcó que el causante vivía más tiempo por fuera del país que con su familia, adujo que de las declaraciones extrajuicio de JHON JAIRO ORTIZ y BLANCA NELLY OROZCO, quienes certifican que entre la peticionaria y el causante existió convivencia los últimos 5 años, también se evidencia que en el año 2000 existió un divorcio, motivo por el cual no se puede establecer con exactitud los extremos de convivencia entre la demandante y el causante. Frente a la condena en costas manifestó que COLPENSIONES ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal, apegándose a la ley 797 de 2003, para lo cual expuso que de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Nacional de Colombia en su inciso cuarto, hace referencia a que no se podrán destinar los recursos de COLPENSIONES para fines diferentes a ella, por lo cual advirtió que el pago de costas sería contrario a dicha perspectiva constitucional.

## 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 presentó alegatos de conclusión en similares términos a los esgrimidos en la apelación. Asimismo, la parte actora por su parte, solicitó que se confirme la decisión.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente del fallecido JOSÉ BENITO ALDANA CASTILLO.

## CONSIDERACIONES

Para desatar el problema jurídico así planteado, se ha de precisar que es un hecho indiscutido dentro del proceso, que el señor JOSÉ BENITO ALDANA CASTILLO falleció el 03 mayo de 2016, conforme se acredita con el registro civil de defunción que obra a folio 27 del plenario, quien se encontraba pensionado por el ISS, hoy COLPENSIONES, según Resolución 023949 del 27 de mayo de 2008 (fl. 24). 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 la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación por sobrevivientes, 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, 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 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.

Al respecto, 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, solo es exigible en caso de muerte del pensionado», 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 ese orden de ideas, para ser considerado beneficiario de la prestación por sobrevivencia, en condición de cónyuge o compañero(a) permanente supérstite respecto del pensionado del sistema pensional que fallece, si resulta exigible un mínimo de tiempo de convivencia 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).

Descendiendo al caso sub examine, se observa en el cauce del debate probatorio que al presente juicio se trajeron las declaraciones extra proceso ante notario de ANA SILVIA CASTRO QUIROGA, BEATRIZ PARRA RAMIREZ y de ANA MARLENY HERRERA PARRA (fls. 125 a 134), en las cuales se afirmó la convivencia de la pareja ALDANA-NIETO por espacio de 35 y 36 años aproximadamente, lo cual les constaba por ser vecinos de la misma urbanización, que cuando el señor ALDANA tenía que viajar al exterior cuando regresaba, llegaba a su casa con su esposa MARIA TERESA quien se dedica al hogar y dependía en su totalidad económicamente de su esposo, razón por la cual estando afuera el causante le giraba los recursos para su sostenimiento, gastos personales y de su casa; de dichas declaraciones, las dos últimas ratificaron su dicho en el transcurso del presente proceso.

En su testimonio la señora BEATRIZ PARRA RAMÍREZ, dijo conocer a la pareja por ALDANA-NIETO por ser amigos y vecinos hace 20, 30 años o más en el barrio Bachué, que vivían en el mismo edificio, siendo ellos dueños del primer piso y ella del segundo, acusó constarle que eran esposos, nunca los vio pelear, eran muy sociables, muy serviciales; mencionó que el causante por razones de trabajo viajaba a Estados Unidos, laboraba en un hotel y escuchó que él trabajaba; que no recordaba bien, pero la pareja tenían aproximadamente 3 hijos; que le consta que ellos ante todo mundo se presentaron como esposos, manifestó que por el hecho de viajar el señor JOSE BENITO ALDANA fuera del país, a Estados Unidos, los 5 años anteriores a su

fallecimiento no vivió continuamente con su esposa, no obstante precisó que cuando llegaba a Colombia llegaba a su casa con la señora MARIA TERESA; señaló que no le consta si en esos viajes el señor BENITO pudo haber tenido otra persona, concluyó que a la última reunión a la que asistió con ellos, fue cerca de la muerte del señor ALDANA, quien falleció en Estados Unidos, y lo repatriaron para realizar sus exequias a las cuales asistió.

Por su parte, la señora ANA MARLENY HERRERA PARRA, precisó conocer a la pareja desde 1982 cuando llegó a vivir al mismo barrio, siendo su vecina de al frente en el barrio Bachué, que la pareja tuvo 3 hijos, que el señor ALDANA viajaba a Estados Unidos a trabajar, recordando que los primeros años se demoró para regresar, pero en los últimos años, viajaba con mucha frecuencia, ya que trabajaba allí, siendo chef, lo cual sabe porque el mismo causante se lo manifestaba; puntualizó que la señora MARÍA TERESA dependía económicamente del causante, que si bien, ayudaba con los gastos de la casa con costuras, era el señor ALDANA quien sostenía económicamente la casa; que cuando estaba fuera de su casa le giraba dinero, hasta el día de su muerte en Estados Unidos, que previo a su muerte le comentó que estaba preparando su regreso e iba a remodelar su apartamento, concluyendo que no conoce si ellos se divorciaron y que su convivencia fue constante compartiendo lecho, techo y mesa.

Finalmente, la actora rindió interrogatorio de parte, en el cual señaló que tiene tres (3) hijos con el causante, con quien contrajo nupcias hace 51 años por el rito religioso, mencionó que el señor ALDANA tuvo una hija con otra señora, que es mayor que sus hijos, pues en la actualidad tiene 40 años, agregó que el causante estuvo pensionado desde mayo de 2008, que trabajó en Estados Unidos, como chef, razón por la cual se ausentaba, en ocasiones por un año, dos o 6 meses, anotó que no padecía de ninguna enfermedad, que falleció el 03 mayo de 2016, en Estados Unidos por un infarto, que para ese momento se encontraba solo, anotó que su cuerpo fue repatriado, y que los trámites para ello los realizó su hijo y su hermana Mercedes que vive en Estados Unidos. Indicó que vivía en ese país en una casa arrendada, que tenía constante comunicación con él, casi todos los días, reconoció que en el año 2000 se divorciaron, porque ella se sentía sola, y le pedía que regresara; sin embargo puntualizó que nunca dejaron de ser esposos, detalló que dependía económicamente de él, porque nunca trabajó, que permanecía en Colombia, un mes, luego se iba y regresaba, que no sabe si tenía otra compañera en Estados Unidos; que ella era la beneficiaria en salud del señor BENITO. Recordó que el señor ALDANA trabajó en Estados Unidos, casi toda la vida, primero aproximadamente 5 o 6 años trabajando en los barcos y luego se radicó en tierra en New york, que con posterioridad a obtener su pensión continuó trabajando, que la ayuda económica era mensual, le giraba dinero, en una casa de cambio, que

nunca fue a visitarlo a Estados Unidos, concluyó que los últimos 5 años, él iba y venía, constantemente.

Como pruebas documentales se aportó a folio 21 registro civil de matrimonio donde consta que la demandante y el señor JOSÉ BENITO ALDANA CASTILLO contrajeron matrimonio por el rito católico el 19 de diciembre de 1965, así como la nota marginal que da cuenta del divorcio decretado y cesación de efectos civiles de dicho matrimonio por sentencia del 22 de octubre de 1999 proferida por el Juzgado 11 de Familia de Bogotá y adicionalmente se declaró disuelta la sociedad conyugal y en estado de liquidación la misma; fotocopia de recibos de los giros de dinero realizados por el causante desde los Estados Unidos a la actora entre los años 2003 a 2016 (folios 47 a 99); así como una serie de fotografías de folio 100 a 124.

Adicionalmente, se observa el informe técnico de investigación efectuado por la firma COSINTE-RM para Colpensiones en aras de verificar administrativamente el requisito de convivencia entre dicha pareja (Expediente Administrativo fl. 161), allí se concluyó haberse «comprob[ado] que el señor José Benito Aldana y la señora María Teresa Nieto, convivieron desde el 19 de diciembre de 1965 hasta el año 2000, cuando se realiza divorcio y se reanudó la convivencia en diciembre del 2012 hasta el 03 de mayo del 2016, fecha que fallece el causante, dado las fechas no es posible validar convivencia permanente por los últimos 5 años hasta el día que falleció el 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 la accionante sí convivió con el causante en la forma requerida por las disposiciones legales y alcances jurisprudenciales vigentes. En efecto, la prueba testimonial en armonía con las declaraciones extra proceso permiten concluir que la pareja convivió inicialmente en calidad de esposos desde el año 1965 hasta el año 1999; luego comenzaron a convivir como compañeros permanentes, por lo menos desde el año 2003 hasta el 03 de mayo de 2016. De dicha unión se evidenció la procreación de tres hijos. Advirtiéndose que desde ese último periodo, en sentir de la Sala hay certeza sobre dicha convivencia, aunque no se haya producido todo el tiempo bajo el mismo techo, ello se extrae como se dijo en precedencia de lo dicho por los testigos y demás declaraciones extra procesal que se recibieron, advirtiendo la Sala que a dichas versiones, las que dan cuenta de la convivencia, se les otorga credibilidad al ser contestes, coherentes y espontáneas, además, respondieron las preguntas de manera clara y sin titubeos en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre la convivencia, de modo que son idóneas y resultan convincentes frente a los hechos que depusieron y permiten concluir entonces, que la convivencia como compañeros permanentes se suscitó con un compromiso de vida real y con vocación de continuidad,

pues la pareja, pese a separarse por cuestiones laborales del causante en otro país, mantuvo los lazos espirituales, de acompañamiento y ayuda, hasta que se produjo la muerte del pensionado, advirtiéndose la unanimidad en resaltarse que la señora demandante; ello sumado a que la credibilidad que se advierte de esas declaraciones deviene de la cercanía y familiaridad de los testigos con la pareja, pues se trata de personas vecinas a la casa de morada de la pareja, amigos cercanos a la familia, a quienes les consta directamente lo afirmado en el proceso, sin que se evidencien contradicciones o yerros de bulto que conlleven a desechar de plano sus dichos, pues se insiste, no observa la sala parcialidad en favor de los intereses de la aquí interesada.

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 se denotan respecto de la hoy demandante, esto es, el vínculo dinámico y actuante de solidaridad, acompañamiento espiritual y económico hasta el deceso del afiliado.

De conformidad con lo anterior, se considera que la definición de primer grado se ajusta a los parámetros legales, de conformidad con las normas vigentes a la fecha de la muerte del causante, tal como quedó explicado, por lo que no le asiste razón a la parte recurrente en sus apreciaciones al quedar plenamente demostrada la convivencia de la demandante en calidad de compañera permanente respecto del afiliado fallecido, pues contrario a lo que se concluyó en la investigación de carácter administrativo, la convivencia no sólo se mantuvo entre los años 2012 a 2016, como allí se indicó, sino por lo menos desde el año 2003.

Es de recordarse en todo caso, que como lo ha enseñado de antaño la jurisprudencia laboral, los desacuerdos o disgustos transitorios de la pareja, o la no cohabitación por motivos de fuerza mayor no suponen una ruptura de la convivencia, así se reiteró, verbigracia en la sentencia CSJ SL1399-2018, que recordó lo dicho en el fallo SL3202-2015, adoctrinando «que en la familia, como componente fundamental de la sociedad, pueden presentarse circunstancias o vicisitudes que de ningún modo pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico, como cuando desacuerdos propios de la pareja conllevan a que transitoriamente no compartan el mismo techo, pero se mantengan, de manera patente, otros aspectos que indiquen que, inequívocamente no les interesa acabar con la relación, es decir, que el vínculo permanece. En similar sentido, la jurisprudencia laboral ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en

los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio» (resaltado ajeno al texto original).

Así las cosas, es claro que la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen pero que no den a entender que el concepto de familia, del vínculo matrimonial o de hecho haya finalizado definitivamente, tal como estima la Sala, ocurre en la presente causa, en la cual a pesar de haberse demostrado que la pareja decidió acabar con el vínculo formal del matrimonio continuó tiempo después, con los vínculos morales, afectivos, sentimentales, de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, propios de una unión entre compañeros permanentes, que perduraron hasta la extinción de la vida del señor ALDANA CASTILLO.

De ahí que deba confirmarse la sentencia de primera instancia, que llegó a similares conclusiones, por ende, es claro que la demandante tiene derecho a que se le sustituya la prestación por vejez que en vida devengaba el causante, en un 100%, por lo que no le asiste razón a la parte recurrente en sus apreciaciones al quedar plenamente demostrada la convivencia de la demandante en calidad de compañera permanente respecto del pensionado fallecido.

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, como quiera que el derecho pensional se causó el 27 de mayo de 2016, agotándose la reclamación administrativa con la petición efectuada el 06 de julio de 2016, siendo resuelta mediante resolución GNR 213328 del 02 de septiembre de 2016, la cual fue confirmada por medio de las Resoluciones GNR 313476 del 25 de octubre de 2016 y VPB 44011 del 09 de diciembre de 2016, notificada el 13 de diciembre de 2017 (fls. 28 a 40) y teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 14 de julio de 2018 (fl. 1), siendo notificada efectivamente en los términos de que trata el artículo 94 del CGP, resulta claro que no se configuró la excepción de prescripción.

Así las cosas, en aras de determinar el retroactivo pensional, que no fue concretado por el a quo, se calcula desde el 03 de mayo de 2016 hasta el 31 de enero de 2021, la suma de $70.101.403, tal como se discrimina a continuación:

| EVOLUCIÓN DE MESADAS PENSIONALES. | | | No. MESADAS ANUALES | TOTAL |
|---|---|---|---|---|
| AÑO | IPC Variación | VALOR MESADA | | |
| 2.016 | 0,0575 | $950.500,00 | 9,93 | $9.441.633 |
| 2.017 | 0,0409 | $1.005.153,75 | 14 | $14.072.153 |
| 2.018 | 0,0318 | $1.046.264,54 | 14 | $14.647.704 |
| 2.019 | 0,0380 | $1.079.535,75 | 14 | $15.113.501 |
| 2.020 | 0,0161 | $1.120.558,11 | 14 | $15.687.814 |
| 2.021 | - | $1.138.599,09 | 1 | $1.138.599 |
| TOTAL RETROACTIVO | | | | $70.101.403 |

En ese sentido se adicionará la decisión de primera instancia en este puntual aspecto. Dicho retroactivo, tal como lo determinó la a quo, deberá ser indexado al momento de efectuarse el pago, en aras de mantener el poder adquisitivo y paliar el efecto de la devolución del peso colombiano

De igual modo, se encuentra acertada la decisión de autorizar a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional el valor que corresponda por concepto de aportes con destino al sistema de seguridad social en salud en los términos del artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, en lo que a la imposición de 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 resultó vencida COLPENSIONES, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se debe confirmar la decisión.

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: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de determinar que el retroactivo pensional adeudada a la demandante, calculado entre el 03 de mayo de 2016 y el 31 de enero de 2021 asciende a la suma de $70.101.403, sin perjuicio del que se siga causando en lo sucesivo, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia. En lo demás se confirma la 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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de LUIS HERNANDO PARRA AMAYA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y AFP PROTECCIÒN, Rad. 110013105-008-2019-00050-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta frente a la decisión de primera instancia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta las siguientes decisiones

AUTO

Dentro del presente asunto, la Corporación observa que la apoderada judicial de la parte accionada PROTECCIÓN S.A. solicita que se revoque el auto de fecha 10 de diciembre de 2020, mediante el cual se admitió el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, por no cumplir con los requisitos del artículo 69 del CPTSS, teniendo en cuenta que la decisión de primer grado no resultó adversa a los intereses del demandante, menos a los de COLPENSIONES, de modo que no resulta necesaria la revisión oficiosa del fallo por parte del superior, situación que fue puesta de presente a la juzgadora de primera instancia y fue coadyuvada por el apoderado del actor, sin embargo la decisión se mantuvo incólume.

Al respecto, la Corporación considera, contrario a lo que se expuso en el recurso de reposición, que el resultado fue totalmente desfavorable a los intereses de la parte demandante, por lo que conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede la consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que las aspiraciones del demandante consistían en que PROTECCIÓN S.A. le concediera la pensión de vejez, a lo cual no se accedió por parte del juzgado de conocimiento, sin que la orden dada en el sentido que dicha entidad estudiara la procedencia de tal derecho, pueda admitirse como una condena en estricto sentido que le garantice el derecho solicitado al actor y por supuesto no implica erogación económica alguna a cargo de dicha entidad.

En tal medida, aunque el apoderado del actor haya manifestado al momento de dictarse la sentencia de primer grado que le parecía innecesario agotar el trámite del

grado de jurisdiccional de consulta, hay que decir, que ésta opera por expreso ministerio de la ley procesal laboral (CPT y SS, artículo 69), y al ser norma especial resulta de obligatoria aplicación en los procesos laborales, so pena de incurrir en un defecto procesal insaneable que sería el pretermitir íntegramente una instancia en virtud del grado de consulta que opera ope legis (CGP, artículo 133-2); y en ese contexto, mal haría esta Corporación en aceptar, a priori, lo manifestado por los mencionados apoderados, pues ello iría en contravía de los intereses del afiliado demandante, en cuyo favor se ha de surtir la consulta. Todo ello en los términos del artículo 69 del CPT y SS con el sentido y alcance de la sentencia C-968 de 2003.

En este escenario no hay lugar a reponer la decisión que admitió el grado jurisdiccional de consulta en esta instancia. Por lo cual se pasa 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 a favor de la parte actora (art. 69 CPTSS), respecto de la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2020 por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá.

## ANTECEDENTES

El señor LUIS HERNANDO PARRA AMAYA, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que, cotizó a COLPENSIONES un total de 785 semanas cotizadas, a su vez que cotizó a la AFP PROTECCIÓN un total de 380,71 semanas cotizadas. En consecuencia, se condene a PROTECCIÓN a realizar la sumatoria efectiva de las semanas cotizadas por todos los empleadores; así mismo, conceda y pague su pensión de vejez, desde el 25 de junio de 2011; se condene al pago de los intereses de moratorios, costas procesales y la indexación de todos los valores que sean decretados.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató haber nacido el 25 de junio de 1951, por lo que cumplió la edad para pensionarse el 25 de junio de 2011, en aplicación al régimen de transición, pues tenía 43 años cumplidos en el año 1994. Que en febrero de 1970 fue incorporado a prestar el servicio militar hasta el 13 de noviembre del mismo año, por un periodo de 40,61 semanas. A continuación, el 22 de febrero de 1974 se afilió al ISS, cotizando un total de 785 semanas; no obstante, el 01 de febrero de 1999 y sin desvincularse a este régimen fue afiliado a la AFP PROTECCIÒN, donde cotizó un total de 380.71 semanas. Posteriormente, la empresa ADRINCO LTDA lo

afilió nuevamente al RPMPD, a partir del 23 de noviembre de 2007, cuando se encontraba cotizando al FONDO PROSPERAR, a dicho fondo estuvo afiliado del mes de septiembre de 2006 a septiembre de 2008, donde le reportaron cotizaciones por 94,28 semanas. Si bien estuvo afiliado a Colpensiones, nunca le informó o certificó sobre alguna desvinculación de esta administradora. En la actualidad se encuentra vinculado al RAIS, a la AFP PROTECCIÓN, según lo certificó Colpensiones, en tanto no obra solicitud ni formulario de afiliación a otra entidad de seguridad social. Aseguró que en los diferentes reportes entregados no obran las semanas que cotizó a los empleadores: Distribuidora de Calzado Pardo y CIA LTDA, con fecha de ingreso, 22 de mayo de 1985 hasta el 31 de julio de 1989, es decir, le faltan 218.86 semanas cotizadas; Agencia Panan del Centro dentro del periodo del 21 de abril de 1988 hasta el 03 de mayo del mismo año, haciéndole falta 4,29 semanas; Sociedad Área del Caquetá "SADELCA LTDA", periodo del 01 de enero de 1997 al 30 de noviembre del mismo año, tiene una semana cotizada, es decir, le faltan 8 semanas cotizadas; Sociedad Área del Caquetá "SADELCA LTDA", periodo del 01 de enero de 1997 al 28 de febrero de 1998, cuenta con 2,14 semanas cotizadas, es decir le hacen falta 08 semanas cotizadas; Sociedad Área del Caquetá "SADELCA LTDA", periodo del 01 de septiembre de 1998 al 30 de septiembre del mismo año, es decir, le faltan 4,29 semanas cotizadas; periodo del 01 de junio de 2006 al 31 de enero de 2007, es decir, le faltan 27,0 semanas cotizadas; del 01 de febrero de 2007 al 31 de agosto del mismo año, es decir, le faltan 30,03 semanas cotizadas; periodo del 01 de noviembre de 2007 al 31 de noviembre del mismo año, es decir, le faltan 4,29 semanas cotizadas; del periodo del 01 de diciembre de 2007 al 31 de agosto de 2008, es decir, le faltan 38,61 semanas cotizadas y para el periodo del 01 de diciembre de 2007 al 31 de octubre de 2011; es decir le faltan 201,42 semanas cotizadas. Por lo anterior, en las diferentes historias laborales, no le aparecen 598,52 semanas cotizadas. Del mismo modo, en el reporte de Colpensiones no obra el Fondo de Solidaridad Pensional PROSPERAR, cuya fecha de aceptación es en septiembre de 2006 y con fecha de retiro del 08 de septiembre de 2008, donde se le certificó aportes por 660 días, esto es, 94,28 semanas cotizadas que no han sido tenidas en cuenta. Que en diversas ocasiones ha intentado consolidar su historia laboral, con el fin de acceder al beneficio de pensión de vejez, sin que haya prosperado por la falta de respuesta de Colpensiones. Mediante el reporte de semanas cotizadas al Sistema de pensiones de dicha administradora, expedido el 30 de agosto de 2016, le indicó tener cotizadas solamente 729,29 semanas, situación contradictoria con la realidad pues no le han consolidado su historia laboral para pensión; de otro lado, le intentaron consolidar su información para la emisión de bono pensional, empero, resultó corto, toda vez que no se encuentra la totalidad de semanas cotizadas. Que el 24 de septiembre de 2008, elevó

solicitud al antiguo ISS, Departamento Nacional de Conciliación, respecto de la claridad que hace falta en lo relacionado a la efectividad de las semanas cotizadas, sin que haya obtenido respuesta a ese requerimiento. Luego, el 15 de agosto de 2017, presentó ante Colpensiones, la reiteración a su solicitud de aclaración del reporte de semanas cotizadas, razón por la cual acudió ante la Procuraduría General de la Nación con el fin de hacer efectiva la reclamación presentada ante Colpensiones, esta última entidad emitió respuesta ante el requerimiento pero sin resolver la petición incoada; por falta de respuesta, no le fue posible solicitar su pensión de vejez. Finalmente, resaltó cumplir con el requisito de semanas cotizadas ya que al 25 de julio de 2010 poseía más de 750 semanas cotizadas, además es beneficiario del régimen de transición y tiene la viabilidad de acumular los aportes realizados a diferentes entidades de orden nacional, para reclamar su pensión (fls. 03 a 26 y 139 a 160).

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no existe alguna responsabilidad de esta administradora en la omisión generada por el empleador para el pago de los aportes y que no cuenta con competencia alguna dentro del presente proceso. Indicó que antes esta entidad se reportan 785 semanas efectivamente cotizadas, indicando que esta entidad no tiene fundamento legal para iniciar acciones de cobro coactivo o persuasivo en contra del empleador pues este deber legar de efectuar las cotizaciones de los trabajadores son los empleadores, durante el vínculo contractual y en casos de omisión de dicho deber, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y la fecha de afiliación solo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado como se estipuló legalmente. Como excepciones de fondo, propuso las de «Prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls.190 a 199 y 207).

Por su parte, la AFP PROTECCIÓN contestó la demanda con oposición a las pretensiones incoadas en su contra, para tal efecto argumentó que, el actor de manera libre y voluntaria solicitó la afiliación a esta AFP, realizando aportes al RAIS de manera ininterrumpida con diferentes empleadores; adicionalmente, no ha radicado solicitud del reconocimiento pensional ante esta entidad y de esta manera poder analizar si cumple con todos los requisitos exigidos para acceder a la pensión de vejez, garantía de pensión mínima o en su defecto la devolución de los aportes; pues esta primera es financiada con los recursos de las cuentas de ahorro pensional, con el valor

de los bonos pensionales cuando a ello hubiere lugar y con el aporte de la Nación, en cuanto a la garantía de pensión mínima, el afiliado debe haber cumplido con los requisitos legales. Como excepciones de fondo, propuso las de «Declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP», «buena fe por parte de AFP PROTECCIÓN S.A.», «prescripción» y «excepción genérica» (Fls.229 a 232).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 10 de noviembre de 2020, el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; condenó a la AFP PROTECCIÓN a que una vez reciba la solicitud de reconocimiento pensional por parte del demandante, de manera inmediata, realice el estudio de la procedencia del derecho. Por otro lado, absolvió a PROTECCIÓN de las demás pretensiones incoadas en su contra; así mismo, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, propuesta por Colpensiones y se abstuvo de condenar en costas ante su no causación.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que conforme al expediente administrativo, se logró determinar que el demandante estuvo afiliado al RPMPD, Colpensiones, a partir del 22 de febrero de 1974 y contando con un total de 741,29 semanas, en este régimen; con posterioridad, el 01 de febrero de 1999, se trasladó a la AFP PROTECCIÓNN, cotizando para este régimen privado un total de 323,43 semanas. Agregó respecto a las semanas reclamadas, que no le asistía razón al demandante al indicar que le faltaban semanas cotizadas, pues se pudo constatar todos los periodos se habían cotizados. En cuanto al reconocimiento de la pensión solicitada, indicó que, si bien el actor era beneficiario del régimen de transición, en la medida que al primero de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad; también lo era que el actor se había trasladado de régimen pensional, al RAIS, a la AFP Protección situación que derivó en la pérdida del régimen de transición; de tal modo que no resultaba procedente la satisfacción de la pretensión solicitada ya que este beneficio resultaba exclusivo para los afiliados del RPMPD, evento en el que resultaba imposible condenar a la AFP demandada para que reconozca la pensión solicitada. Aunado a lo anterior, no era viable ordenar el traslado del demandante al RPMPD en virtud de la excepción establecida por la Corte Constitucional, por cuanto no hizo parte del petitum de la demanda y no fue objeto de debate dentro del trámite procesal, por lo que se abstuvo del estudio del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, razón por la cual se absolvió a Protección en ese sentido;

adicionalmente, sostuvo que el demandante no había elevado reclamación del reconocimiento pensional ante PROTECCIÓN ni se contaban con elementos de juicio suficientes para dar viabilidad al derecho en los términos que le fueren más favorables al actor; por lo que halló viable ordenar a Protección que una vez recibiera la solicitud del demandante, proceda de manera inmediata a realizar el estudio correspondiente para el reconocimiento de la pensión en los términos legalmente procedentes para su situación particular, teniendo en cuenta las condiciones del actor; en especial la modalidad señalada por el apoderado judicial de la parte actora.

## 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 COLPENSIONES alegó en similares términos a los expuestos en la contestación de la demanda, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer si procede el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. en los términos solicitados por la parte actora.

## CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se tiene que el demandante el demandante nació el 25 de junio de 1951 (fl. 27), con lo cual, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía más de 40 años de edad, lo que en principio lo hace beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la citada disposición legal. De igual modo, se advierte que prestó servicios al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, entre 01 de marzo de 1970 y el 13 de noviembre de 1970 (fl. 34 a 35), aunado a ello se afiliación al ISS, hoy COLPENSIONES el 22 de febrero de 1974 (fls. 49-50 y 63 a 72) y luego el 01 de marzo de 1999 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, ante la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., tal como se extrae del respectivo formulario de afiliación obrante a folio 233, lo cual trae aparejado que en los términos del inciso 4° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dejó de ser beneficiario del régimen de transición y por ende, debe sujetarse «a todas las condiciones previstas para dicho régimen», esto es, el RAIS. Aspectos que en todo caso, no se encuentran en discusión.

Para definir si el actor reunía los requisitos para disfrutar de la pensión de vejez en el RAIS, debe indicarse que si bien el actor no ha solicitado formalmente la prestación ante la AFP PROTECCIÓN, no es menos cierto que ello no constituye un requisito para que el Juez entre a determinar si le asiste o no el derecho que reclama, pues contrario a lo que ocurre con las entidades públicas, las administradoras del Régimen de Ahorro individual, al ser de carácter privado no están sometidas a la reclamación previa que se exige por parte del artículo 6° del CPTSS en aras de solicitar ante la jurisdicción laboral determinado derecho, por lo que en sentir de Sala no es válido por parte de los jueces de conocimiento abstenerse de estudiar el derecho que le es reclamado por los afiliados del RAIS, bajo esa premisa.

Por lo que en este caso, se debió entrar a estudiar si el actor cumplía o no con los requisitos para acceder a la prestación, pues si bien esta fue solicitada bajo el amparo de normas que no le eran aplicables, también lo es que en virtud del principio "Iura Novit Curia » es al Juez a quien le corresponde fallar con la norma que gobierna el caso controvertido, sin que para ello deba someterse a la calificación jurídica de los hechos que hagan las partes o a las disposiciones que éstas invoquen -juicio de adecuación normativa[1].

Ahora bien, recordemos que el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, contiene los requisitos para obtener la pensión de vejez en el RAIS, en los siguientes términos:

> «ARTÍCULO 64. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Indice (sic) de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste <sic> hubiere lugar.
>
> Cuando a pesar de cumplir los requisitos para acceder a la pensión en los términos del inciso anterior, el trabajador opte por continuar cotizando, el empleador estará obligado a efectuar las cotizaciones a su cargo, mientras dure la relación laboral, legal o reglamentaria, y hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla sesenta (60) años si es mujer y sesenta y dos (62) años de edad si es hombre».

En este orden de ideas, para el goce de una pensión de vejez en los términos del artículo 64 precitado, se requiere tener en la cuenta de ahorro individual el capital necesario para financiar una mesada equivalente al 110% del SML vigente al 23 de diciembre de 1993 (fecha de expedición de la Ley 100 de 1993) y reajustado

[1] Ver entre otras muchas la sentencia CSJ SL13877 de 2016

anualmente con el IPC. Es decir, la edad no es un requisito para adquirir la pensión, basta con tener el capital exigido por el legislador en la cuenta de ahorro individual para ser merecedor de la pensión. Adicionalmente, de forma expresa, el legislador previó que, para el cálculo de esta pensión, se tomará en cuenta el valor del bono pensional, cuando haya lugar a este.

En este caso, teniendo en cuenta que el actor se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, el bono para financiar su pensión corresponde a los de tipo A; y dentro del trámite para la expedición de los mismos se ha de cumplir con la conformación de la historia laboral del afiliado, puesto que, para la liquidación y emisión del bono, se utilizará aquella información laboral que haya sido confirmada directamente por el empleador o caja, fondo o entidad que deba dar certificación, según el caso, de forma oportuna. O, aquella certificada a tiempo que no haya sido negada por alguno de estos, art. 52 del D. 1748 de 1995, modificado por los artículos 14 del Decreto 1474 de 1997 y 22 del D. 1513 de 1998.

De otro lado, se tiene que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 le ordena a los fondos el reconocimiento de la pensión dentro de los cuatro meses siguientes a la radicación de la solicitud con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Y advierte que los fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

Por su parte, el artículo 7 del D. 510 de 2003 señala:

> Artículo 7. Para los efectos del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, la obligación de los fondos encargados de reconocer la pensión, dentro del término legal establecido, procederá una vez se presente la solicitud de reconocimiento junto con la documentación requerida para acreditar el derecho, a través de la cual se prueben los presupuestos de hecho y de derecho de la norma que confiere la respectiva prestación de vejez, de invalidez o de sobrevivientes.
>
> Cuando la pensión se financie a través de bono pensional o cuota parte de bono pensional no se requiere que estos hayan sido expedidos, pero será necesario que el bono pensional o cuota parte de bono pensional hayan sido emitidos conforme a lo señalado por el artículo 1° del Decreto 1513 de 1998. Negrillas de la Sala.

En este orden de ideas, se evidencia que en el caso de marras el actor cuenta con un total de 741.29 semanas cotizadas al RPMPD, a través de COLPENSIONES, es decir que tiene derecho a un bono pensional Tipo A como ya se dijo, el cual servirá para financiar la pensión del actor; en ese contexto, para el reconocimiento de una pensión a ser financiada mediante un bono pensional, como la del sublite, es necesaria la emisión; y, para la emisión, es indispensable que el afiliado apruebe la liquidación

provisional. La exigencia de estos requisitos, se encuentra justificada como bien explicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL4305 de 2018, «en razón a que es a través de este instrumento que se tiene la certeza del capital con que cuenta el afiliado para financiar su pensión».

Allí también se advirtió que «la solución a este problema no es ordenar, automáticamente, a la administradora el reconocimiento de la pensión, sin que se haya comprobado previamente el cumplimiento del requisito financiero que da derecho a percibir la prestación, porque, de aceptarse esto, se atentaría contra el mandato consagrado en el artículo 48 de la Constitución, a saber:

> Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.»

Aunado a lo anterior, también se explicó que es menester para el juez, previamente a reconocer tal derecho, tener la certeza de que tal prestación cuenta con los recursos económicos para ser financiada; y para esto, se debe entrar a examinar cada caso en particular, con miras a dilucidar si la no emisión del bono es una excusa para negar el derecho a la pensión, por encontrarse evidencia de que el afiliado reúne el capital; o si, en verdad, la falta de emisión no es atribuible a la AFP.

Así las cosas descendiendo al caso concreto y revisado el material probatorio aportado no se evidencia que a la fecha se haya emitido, liquidado y aprobado por parte del actor el referido bono pensional, por lo que en principio y aunque por razones diferentes habría lugar a consentir el hecho de que no es posible estudiar si hay lugar a conceder la pensión de vejez, pues al no haberse solicitado todavía la prestación ante PROTECCIÓN en aras de que se surta el mencionado trámite para determinar con certeza cual es el capital con que cuenta el actor y verificar si es posible financiar o no la prestación, puesto que conforme a la historia laboral aportada por esta entidad, se evidencia que el valor del bono al 24 de noviembre de 1997 asciende a la suma de $15.607.636 y el saldo de la cuenta individual al 19 de febrero de 2020 era de $22.615.861, sería insuficiente para financiar una pensión de vejez en los términos del precitado artículo 64.

Aquí ahora, es claro que lo anterior no obsta para establecer si el actor ya tiene configurada la prestación por vejez, conforme a lo preceptuado en el artículo 65 ibidem, el cual prevé que:

> «Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.
>
> "Parágrafo. - Para efecto del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los parágrafos del artículo 33 de la presente ley».

Como se advierte de la citada norma para que opere la garantía de pensión mínima de vejez, se requiere, como primera medida, alcanzar el límite de la edad exigida, que para el caso de autos corresponde al cumplimiento de los 62 años de edad para los hombres, y además como requisito de causación de la prerrogativa objeto de análisis se exige también haber cotizado un total de 1.150 semanas, por lo tanto, en caso de demostrar el afiliado los anteriores requisitos le asiste el derecho a que el Gobierno Nacional, en virtud del principio de solidaridad complete la parte que haga falta para obtener la pensión.

Los anteriores requisitos los cumple el demandante, puesto que nació el 25 de junio de 1951 (fl. 27), lo que permite concluir a la Sala que la edad de 62 años la cumplió el mismo día y mes del año 2011, ahora bien, respecto de las semanas exigidas se tiene que para la fecha, el actor cuenta con un total de 1.314.86 semanas, por lo que se acredita el cumplimiento de las 1.150 semanas exigidas para la garantía de la pensión mínima de vejez. Advirtiendo que, tal como lo indicó la juez a quo, las semanas adicionales que reclama el demandante se encuentran debidamente registradas en las distintas historias laborales de COLPENSIONES.

Así las cosas, considera la Sala es menester adicionar la orden dada en primera instancia, en tanto y en cuanto, sólo se atinó a ordenar a PROTECCIÓN S.A. el estudio de la prestación por vejez, una vez el actor efectué la correspondiente solicitud, pues en todo caso, la accionada debe procurarle la garantía de la pensión mínima de vejez consagrada en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

Corolario de lo brevemente expuesto hasta aquí, ello resulta suficiente para adicionar 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: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en su ordinal segundo, en el sentido que PROTECCIÓN S.A. una vez estudie la pensión de vejez del demandante, garantizará, en todo caso, la pensión mínima consagrada en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 por tener configurados los requisitos que allí se consagran para tal efecto, 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

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARGARITA CASTILLO GODOY contra FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA Rad. 110013105-010-2018-00033-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, 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 demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de octubre de 2020.

## ANTECEDENTES

La señora MARGARITA CASTILLO GODOY pretende se declare que le asiste derecho en calidad de compañera permanente del difunto señor ALFONSO CORTES, a la pensión de sobrevivientes (sustitución pensional); como consecuencia de lo anterior, se condene al FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 02 de julio de 2016, las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre, los intereses moratorios, así como al pago de la indexación de las mesadas atrasadas, lo anterior, a partir del 02 de julio de 2016. Lo ultra y extra petita, más costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el señor ALFONSO CORTES falleció el 02 de julio de 2016; anterior a su fallecimiento, le fue reconocida la pensión por la entidad demandada; anotó que el occiso fue su compañero permanente desde enero de 2011, hasta la fecha de su deceso, en la ciudad de Girardot; esta convivencia se dio de manera continua e ininterrumpida, con vocación permanente de formar un hogar, espíritu de solidaridad y ayuda mutua; añadiendo

que durante el primer año de convivencia, vivieron en una casa lote del causante, en la ciudad de Girardot, pero tuvieron que salir de allí por algunos inconvenientes con la hija del señor Alfonso Cortés. Informó que en enero de 2015 asistió a su compañero por inconvenientes de salud, acompañándolo a citas médicas, máxime cuando le diagnosticaron osteoporosis; a continuación, el 12 de septiembre de 2016 por reunir los requisitos, solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, cuya respuesta fue negativa por no demostrar la convivencia con el occiso durante el lapso temporal que la ley exige. No obstante, sostuvo, sí tiene derecho a la pensión solicitada en virtud de su convivencia con el difunto por más de 05 años, como es ordenado por la legislación; señalando que la prestación económica que recibía el señor Alfonso Cortés al momento de s muerte era de $2.124.035 (Fls. 53 a 59).

## CONTESTACION DE LA DEMANDA

El demandado FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, solicitando se le absuelva de las mismas, argumentando que, la actora no acreditó haber estado haciendo vida marital con el causante, Alfonso Cortes durante los últimos 05 años y 04 meses de vida y hasta la fecha de su fallecimiento, por el contrario, en virtud de los testimonios narrados por los hijos del causante queda entredicho la convivencia aducida por más de cinco años, razón por la cual no se puede acceder a su petición. Formuló las excepciones de «inexistencia de la obligación», «buena fe», «cobro de lo no debido» «prescripción», «genérica», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «falta de causa y título para pedir» e «improcedencia de la reclamación de intereses moratorios» (Fls.71 a 75).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 14 de octubre del 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación interpuesta por la demandada y absolvió a esta de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior conclusión señaló, en síntesis, que en los términos de la Ley 100 de 1993, el causante había dejado configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues era pensionado, y que entre los beneficiaros de esta pensión está el cónyuge o compañero o compañera permanente, debiéndose demostrar la convivencia con el pensionado fallecido, precisando con relación al tiempo mínimo a demostrar, que conforme al cambio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, no es necesario demostrar el término de cinco años, salvo en los casos en que la

muerte sea la del pensionado, pues en este caso la diferenciación se hace entre el afiliado causante que está sufragando el seguro para adquirir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y por otra parte el pensionado causante con un derecho consolidado que tiene causada la prestación, circunstancia que requiere la prueba del lapso de tiempo de convivencia, para evitar fraudes al sistema pensional; por lo anterior, la norma exige que se acredite el compartir una vida en pareja en los últimos cinco años de vida del pensionado. En ese sentido, indicó que con las pruebas practicadas no era suficiente para acreditar que existiera una verdadera relación entre la actora y el causante, pues esta misma incluso, señaló que el causante vivía con su hija y con ocasión a la mala relación que tenía con la hija del señor Alfonso, se fue a vivir a otro lugar, sitio donde el causante llegaba en ocasiones, concluyendo una convivencia ocasional en algunos días a la semana, por lo cual la convivencia no era permanente, de tal modo que no se demostró la convivencia que exige la norma para poder ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, absolviendo a la demandada de las pretensiones.

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la DEMANDANTE, la apeló argumentando para tal efecto que, la actora convivió con el causante por más de 05 años, que el señor Alfonso Cortés fue su compañero permanente de forma continua e ininterrumpida, formando un hogar con vocación permanente de formar una familia, con espíritu de solidaridad, ayuda mutua hasta la fecha de su fallecimiento. Adicionalmente, que la razón por la que dejaron de convivir en la casa lote ubicado en Girardot, fue por inconvenientes con la hija del fallecido, además la actora fue quien asistió al causante en su enfermedad en enero de 2015, acompañándolo a citas médicas. Agregó que la negativa de la demandada en reconocer la prestación no tiene respaldo legal, pues sí tiene derecho a la misma. Sostuvo igualmente, con relación a las declaraciones extra juicio y los testimonios practicados, que estas indican la convivencia entre la pareja de forma permanente, por más de 05 años y asistiendo a reuniones como pareja; destacó en cuanto a las pruebas aportadas por la parte demandada, que se evidenció una carga emocional desproporcionada y malintencionada para no permitir que la demandante accediera al derecho pretendido, de mala fe, atentatorias contra las buenas intenciones que el difunto tuvo en vida para con la demandante, quien tenía el derecho de rehacer su vida, como en efecto lo hizo con la actora, ante la ausencia de sus hijos. Por lo anterior, solicitó revocar la sentencia pues la actora si tiene derecho a la pensión de sobrevivientes.

## 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 de conclusión, la demandante en similares términos a los de la alzada y la accionada a los de la contestación de la demanda.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, resolver el siguiente problema jurídico: Establecer si la demandante MARGARITA CASTILLO GODOY acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente del pensionado fallecido, señor ALFONSO CORTÉS.

## CONSIDERACIONES

Para desatar el problema jurídico así planteado, se ha de precisar que es un hecho indiscutido dentro del proceso, que el señor ALFONSO CORTÉS falleció el 02 julio de 2016, conforme se acredita con el registro civil de defunción que obra a folio 44 del plenario, quien se encontraba pensionado por la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, hoy Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, según Resolución 0995 del 05 de julio de 1991 y 910 del 09 de mayo de 2002 (CD fl. 76). 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 la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación por sobrevivientes, 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, 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 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, solo es exigible en caso de muerte del pensionado», 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 ese orden de ideas, para ser considerado beneficiario de la prestación por sobrevivencia, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite respecto del pensionado al sistema pensional que fallece, si resulta exigible un mínimo de tiempo de convivencia 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, para el caso del pensionado fallecido debe acreditarse los 5 años de convivencia en cualquier tiempo, 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 de Decisión que se agregaron al proceso declaraciones extra proceso de los señores BILLY JOHN NESTIEL GIRALDO, VANESSA CETAREZ OYUELA, LUIS EDUARDO GARCÍA, JOSÉ VICENTE BARRERO y RITA CHAUX GUTIERREZ (fls 33 a 41), de los cuales, los tres últimos rindieron testimonio en el curso del proceso.

En ese orden el señor Luis Eduardo García, indicó ser pensionado por el Fondo Pasivo y haber conocido al señor Alfonso Cortés desde hace aproximadamente 10 años, quien era pensionado y hacia algunos trabajos adicionales como ser vigilante; precisando que el causante vivía en la casa que tenía con su hija pues vivían en el mismo barrio, Gaitán de Girardot, en esa vivienda. Mencionó que la actora estaba ciertos días de la semana cuando no estaba la hija del finado, hecho que le consta por charlas que mantenía con la pareja en otra vivienda arrendada al señor Alfonso Cortés, con quien se reunía cada quince días, esto entre semana o cuando le llevaba ventiladores para arreglar, pues nunca conoció su casa. Señaló que la convivencia entre la pareja lo sabe porque ellos se lo contaban, ya que la señora Margarita tenía diferencias con los hijos del causante; que esta convivencia inició alrededor del año 2011, lo cual conoce porque el señor Cortes se la presentó, hacían compras juntos y en una ocasión el señor Alfonso Cortés le contó su intención por casarse con la señora Margarita. Que una vez en el hospital con ocasión al infarto del señor Cortés, la señora Margarita no lo visitó por ser un hecho imprevisto y rápido. En cuanto a si el señor Cortés afilió a su compañera a Seguridad Social, refirió no tener conocimiento, relatando que la pareja no se casó por el repentino fallecimiento del señor Cortés, por el infarto; a su vez, que la pareja convivió ininterrumpidamente como pareja.

El señor José Vicente Barrero refirió que conoció al finado Alfonso Cortés por ser compañeros de trabajo durante 14 años, que el señor Alfonso Cortes para los años 2011 a 2016 vivió en el barrio Gaitán con su hija Estefanía, que igualmente la señora Margarita vivía en el segundo piso, pues siempre la encontraba allí cuando el visitaba ocasionalmente al señor Alfonso Cortés, refirió no saber si el señor Cortes tenía otra vivienda. En cuanto a la relación de los hijos del señor Cortes con la señora Margarita, indicó no saber cómo era. Que la relación entre la demandante y el señor Alfonso, fue

de pareja pues el señor Cortes cuando le veía decía: «¡Uy, llegó la mujer!». Expuso el testigo que el señor Alfonso Cortés en una festividad le contó que pensaba casarse con la señora Margarita, que se cogían de gancho, por lo que, si eran pareja, pero no sabe si eran casados o permanecieron en unión libre; que el tiempo de relación de la pareja fue alrededor de 06 años. De otro lado, señaló que el señor Alfonso Cortés, adicional a su pensión arreglaba ventiladores o hacía turnos de vigilante y la señora Margarita le llevaba los almuerzos, por lo que el occiso siempre se refería a la actora como la mujer, conviviendo de manera ininterrumpida pues nunca se separaron, que la causa de su muerte fue por un infarto. Por otro lado, indicó que el finado tuvo hijos fruto de otra relación. Finalmente, indicó que la convivencia entre la pareja inició en el 2011, lo dijo conocer, porque le vendió al causante una cama doble, por lo que entró a la vivienda del señor Cortes para ayudarle a armar la cama y siempre vio a la pareja juntos.

Por su parte, la señora Rita Isabel Chaux Gutiérrez, refirió haber conocido al señor Alfonso Cortés, desde el año 2011 por intermedio de la señora Margarita Castillo, pues en un parque se lo presentó como su marido pero no tiene conocimiento del lugar en donde vivía la pareja pues siempre se encontraban en la calle, señaló que el señor Cortés tuvo cuatro hijos y la relación entre ellos con la señora Margarita fue menos comunicativa, esto lo conoce porque la señora Margarita se lo contó así como le comentó que el señor Alfonso Cortés la afilió a Seguridad Social; sin presenciar nunca que la pareja sí viviera junta, pues los veía en la calle. Mencionó que el señor Cortes, falleció en una tienda por lo que tuvieron que hacer levantamiento del cadáver, avisándole a la señora Margarita Castillo, quien se hizo presente en el establecimiento comercial. Añadió que la pareja vivió en unión libre, el señor Alfonso era pensionado y presentaba a la señora Castillo como su mujer, pero de forma contradictoria no tiene conocimiento respecto de si el señor Alfonso tuvo hijos, así como el hecho de que el señor no estuviese hospitalizado. Indicó la testigo que ella no asistió a las honras fúnebres del señor Castillo por su discapacidad.

Aunado lo anterior, encontramos que en las declaraciones extraprocesales suscritas por los ya mencionados BILLY JOHN NESTIEL GIRALDO y VANESSA CETAREZ OYUELA. El primero de ellos declaró bajo juramento que conoció al señor ALFONSO CORTES y a la señora MARGARITA CASTILLO GODOY «como pareja desde hace cinco años. A la señora MARGARITA CASTILLO desde hace nueve (9) años hacia atrás pues estudiaron en la misma universidad. Que el señor ALFONSO CORTES le pagaba a él al contado los servicios de trabajos escritos, elaboración de cartas y las llamadas por celular y recargas para él y varias veces para la señora Margarita. Que le cobró en cuatro (4) ocasiones al señor Alfonso el consumo de jugos y agua para la hoy

demandante y él siempre le pagaba; además cuando pasaba manejando su carro por la cuadra donde él vivió, los veía sentados almorzando muchas veces entre la 1:00-2:00 pm; que también los vio muchas veces sentados y abrazados tomando cerveza en la tienda «de la señora Amparo en la noche». Que vio en dos ocasiones a la señora Margarita barriendo la acera de la casa del vecino Alfonso y él podando un árbol. Que en «febrero de este año [2016] tuve una mini charla con el señor Alfonso, yo le pregunté si Margarita era amiguita y él me dijo que era el marido de ella y que quería tiempo para reconciliar a la hija con Margarita. Don Alfonso me conto que la hija soltera no la quería, pero si le pidió el favor de cuidarles la casa cuando viajaran con el papa a Popayán a visitar a la otra hija».

La señora VANESSA CETAREZ OYUELA rindió dos declaraciones, una el 14 de julio de 2016 donde indicó que conoció al señor ALFONSO CORTES y a la señora MARGARITA CASTILLO GODOY como pareja, que convivían de forma continua desde hace 5 (cinco) años y 4(cuatro) meses. Que siempre los veía los días jueves, viernes y sábados en las tardes en la tienda sentados y abrazados tomando y salían de la casa de don Alfonso temprano (8:00 - 8: 30 am); que ellos pasaban por la cuadra donde vive casi todos los días, bien fuera en la tarde o en la tardecita. Los veía comprando víveres y cosas como para el almuerzo. Siempre los veía juntos y a don Alfonso tomado pues frecuentaba el consumo del licor. Que vio a don Alfonso Cortés en compañía de Margarita el año pasado como en agosto, comprarle ropa y sandalias para la actora, que estaba en vísperas de cumplir años, en septiembre. Que él abastecía la mitad de los gastos de doña Margarita pues le hizo el comentario de que «ella no era recostada ya que eso era todo lo que le pedía».

Y, en la declaración efectuada el 19 de octubre de 2016, dijo que los conoció como pareja que convivían de forma continua desde hace cinco años y unos tres a cuatro meses, relatando: «Yo estaba sentada en una silla mecedora en el andén de mi casa a las 7:30 pm y don Alfonso pasó cogido de la mano con Margarita y ella llevaba una escoba en la otra mano y recochándolos les dije que si se iban a volar y el muy jocoso dijo...mi mujer está muy delgada y el viento la tumbara y ella se puso seria. Cuando se iban a marchar yo le grite a Margarita que agarrara duro al novio y él se voltio hacia mí y me dijo 'ningún novio, su marido y se abrazaron y eso fue en semana santa del 2011. También soy testigo ocular de siempre verlos los jueves, viernes y sábados en las tardes en alguna tienda sentados afuera abrazados tomando; en varias ocasiones cuando pasaba en la moto con mi marido los vi salir de la casa de don Alfonso temprano (entre 8:00 A 8:35 AM); también los vi pasar por la cuadra donde vivo casi todos los días fuera por la mañana o por la tardecita.

Igualmente los vi muchas veces en Supercundi comprando cosas y víveres para el almuerzo. Siempre los vi juntos y el abrazándola y a don Alfonso tomado pues frecuentaba el consumo de la cervecita».

Adicionalmente como documentos relevantes se aportaron comunicación manuscrita del testigo JOSÉ VICENTE BARRERO de fecha 15 de enero de 2016, en la cual menciona que «le vendo al señor Alfonso Cortés [...] y la señora Margarita Castillo G. [...], una cama doble en madera y colchón por un valor de quinientos mil pesos $500.000 moneda corriente, para pagar mensualmente $50.000...» (fl. 270). Comunicación del mes de febrero de 2016 suscrita por SUSANA PERDOMO dirigida a los señores ALFONSO CORTÉS y MARGARITA CASTILLO, en la que solicita entregarle la habitación de la vivienda y estar a paz y salvo con los pagos de arrendamiento, así como también se anexa una cuenta de cobro del 07 de abril de 2016 por la suma de $500.000 por concepto de arriendos de los meses de febrero a marzo de 2016 y finalmente comprobantes de pago suscritos por dicha persona por los meses de septiembre y octubre de 2014, marzo, mayo y noviembre de 2015 (fls. 275 a 277).

De otro lado, a folio 233 reposa declaración dirigida a la entidad accionada en el marco de la reclamación administrativa de la prestación por sobrevivencia que nos ocupa, rendida por MELBA MARINA CORTÉS GUZMÁN, RAFAEL ÁNGEL CORTÉS GUZMÁN, ESTEFANÍA CORTÉS GUZMÁN y REY AUGUSTO CORTÉS GUZMÁN, hijos del causante, señor ALFONSO CORTES, quienes manifestaron que «Por medio de la presente de manera atenta y respetuosa nos dirigimos a ustedes con el fin de aclarar que en cuanto a la pensión devengada por nuestro padre con ustedes no hay una persona que pudiere ostentar la calidad compañera permanente, por el entendido de que desde el momento del deceso de nuestra señora madre el día 04 de julio de 2005, nuestro padre no tuvo una relación formal ni convivencia con alguna mujer, que formalmente pudiere hacer sus veces de compañera permanente. Lo anterior debido a que desde el momento en que el enviudo (sic), vivió en la calle 24 N° 18-35 Barrio Gaitán en Girardot, lugar que obedecía d domicilio de nuestro padre donde convivía con nosotros sus hijos y su ultimo año de vida solo vivió con nuestra hermana ESTEFANIA CORTES GUZMAN».

Finalmente es de destacar lo que en el interrogatorio de parte, sostuvo la actora, esto es que no sabe hasta que año laboró el señor Alfonso Cortés, que el causante no la afilió al régimen de salud por presión de la hija, mencionó la dirección donde vivían en Girardot; que inició la relación como novios y a partir del mes de enero de 2011 hizo pública la relación. Que el causante tiene 4 hijos, con quienes tenía una relación pesada pues les aterraba tener una madrastra; que convivieron en la misma casa en

el primer año, en el segundo piso, luego se trasladaron cerca donde vivían en forma permanente, donde él llegaba a dormir de lunes a miércoles, a veces juez, luego se iban a la casa de él los fines de semana, cuando la hija no estaba y que él nunca abandonó totalmente su casa, pero que de lunes a viernes iban a dormir con ella, luego respondió que eran mitad y mitad que convivían una parte en su casa con su hija y después con ella en una habitación. Que él no quería desprenderse de su hija hasta que la aceptara, por lo que la ayudaba con los servicios. No supo mencionar por qué en una declaración extra proceso sostuvo que el causante iba a quedarse de dos a tres veces seguidas (lunes, martes y miércoles) empezando la semana y que él se las ingeniaba para despistar a la hija soltera (fls. 248 a 250). Indicó que el señor Cortés murió de un infarto fulminante, de lo cual se enteró por medio de un sobrino quien contestó en el celular y le comentó que el causante estaba en la clínica, pero no se atrevió a ir porque allí estaba la hija y quería entrar en conflictos con ella, que el velorio fue en la funeraria Los Olivos. Que el finado no la afilió al sistema de salud porque la hija lo presionaba y que hasta que no se comprometiera a darle un porcentaje de la pensión cuando el señor Cortés muriera.

Dilucidado lo anterior, para la Sala del acervo probatorio antes mencionado y con apego a las reglas de la sana crítica, NO se encuentra plenamente acreditado en el plenario que la accionante haya convivió con el causante en la forma requerida por las disposiciones legales y alcances jurisprudenciales vigentes. En efecto, la prueba testimonial en armonía con las declaraciones extra proceso permiten concluir que, si bien la pareja pudo haber sostenido una relación sentimental, no fue de carácter permanente, al menos durante los 5 años anteriores a la muerte del causante, como la asegura la señora demandante, tan solo podría llegare a tener cierto grado de certeza de una convivencia aproximada del año 2014 a 2016, pues las documentales antes explicadas en consonancia con el testimonio y declaración extra procesal del señor José Barrero indican que al parecer la pareja comenzó a convivir en una habitación para el año 2014 y posteriormente adquirieron una cama, pero hasta ahí, pues aunque todos los demás testigos y declaraciones mencionan de forma genérica que les consta la convivencia a partir del 2011, lo cierto es que analizadas en detalle, ninguno da cuenta a ciencia cierta de cómo era dicha convivencia, sólo atinan a decir que los veían en la calle o en un parque, lo cual, a juicio de la sala puede tener explicación porque la pareja estaría iniciando una relación de noviazgo conforme se extrae del mismo dicho de la actora en el interrogatorio de parte y la declaración rendida extra judicial rendida ante notario el 18 de octubre de 2016, cuando menciona que para esa data el causante «se las ingeniaba para despistar a la hija soltera» y poder frecuentarse, aunado al hecho que el actor ni siquiera convivía de forma permanente con ella, pues la misma accionante confiesa, contrario a lo que

mencionan los testigos, que sólo estaban conviviendo la mitad del tiempo, lo cual reafirma que la convivencia en el lapso exigido por la ley no fue permanente, donde se evidenciara una verdadera comunidad de vida con el vínculo existente de amor y protección, con sus consecuentes manifestaciones de ayuda y apoyo mutuos, por parte de la demandante al momento de la muerte del pensionado, pues nótese que esta ni siquiera estuvo presente acompañándolo en su lecho de muerte, cuando a éste le ocurrió un infarto, según la actora, porque tenía problemas con la hija, lo cual también da cuenta, que tanto el fallecido como la misma actora no hacía valer su condición de compañeros permanentes, incluso ante la familia. Adviértase también en este punto, que los mismos hijos del causante, manifestaron que éste no tenía compañera permanente cuando falleció y que en el último año convivía era con una de sus hijas.

Es por ello que a pesar de las versiones de los mencionados testigos y las demás declaraciones extra procesales, no se les otorga credibilidad, ya que no permiten concluir que la convivencia como compañeros permanentes se haya suscitado con un compromiso de vida real y con vocación de continuidad. Advirtiendo la Sala en este punto, si bien la Ley no exige que la convivencia se de en un mismo techo si se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y afectivo y un acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común como lo asegura la parte actora, del 2011 al 2016.

Conforme a todo lo anterior, no es posible atender de manera favorable los argumentos expuestos en la apelación dirigidos atacar la valoración de las pruebas, pues es de estas que se extrae justamente, que el de cujus si bien pudo tener una relación sentimental con la demandante no tenía el ánimo de crear una comunidad de vida con ella dirigida a un destino común, considerando la Sala que en autos no se demostró que los compañeros cohabitaran bajo el mismo techo de manera continua, en razón de circunstancias especiales, sino más bien que la relación sostenida era esporádica, incluso hasta clandestina y a escondidas de la familia.

De conformidad con lo anterior, se considera que la definición de primer grado se ajusta a los parámetros legales, de conformidad con las normas vigentes a la fecha de la muerte del causante, tal como quedó explicado. En razón de lo expuesto, se confirmará la decisión de primer grado.

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 presente 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

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JOSÉ PUENTES GAITÁN contra AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. Rad. 110013105-029-2018-00346-01.

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 ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 y adicionada el día 6 de noviembre de 2020.

## ANTECEDENTES

El señor JAIME PUENTES GAITAN, promovió demanda ordinaria laboral, con el fin de que se declare la compartibilidad pensional, respecto de la pensión extralegal de carácter temporal reconocida por AVIANCA S.A. y la pensión de vejez que le fue reconocida por el ISS, hoy COLPENSIONES; como consecuencia de lo anterior se condene a AVIANCA S.A. a pagar a partir del 17 de abril de 2009, el valor de todas las mesadas 14 causadas desde el momento en que se compartió la pensión, que no hayan sido reconocidas por COLPENSIONES, y de las que se llegaren a causar en el futuro, reajustadas en los porcentajes establecidos en la ley para pensiones; toda vez que la pensión temporal reconocida por AVIANCA S.A. no fue reconocida en la pensión de vejez otorgada por COLPENSIONES mediante resolución No 112733 del 14 de julio de 2014; valores debidamente indexados. Finalmente solicitó se condene a la demandada al pago de agencias en derecho y costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, en síntesis, que estuvo vinculado laboralmente mediante contrato a término indefinido con AVIANCA S.A., desde el 18 de diciembre de 1969 hasta el 16 de marzo de 2004; que su retiro se produjo por mutuo acuerdo, mediante conciliación efectuada el 9 de marzo de 2004, misma fecha en la que le fue reconocida la pensión de carácter temporal por cuantía de $2.321.150 mensuales correspondiente al 75% del salario promedio del último año, a partir del 13 de enero de 2004, en 14 mesadas anuales; señaló que; AVIANCA S.A. conmutó la pensión con la sociedad COLSEGUROS hoy ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., entidad que pagó la pensión extralegal hasta el momento en que fue pensionado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, mediante Resolución No 00440 del 15 de febrero de 2011, reconocida a partir del 17 de abril de 2009, en cuantía de $3.155.854. Explicó que se compartió en su totalidad la pensión convencional otorgada por AVIANCA S.A. con la pensión otorgada por el ISS hoy COLPENSIONES, toda vez que el valor de la pensión de vejez era superior al valor de la pensión voluntaria, a partir del 17 de abril de 2009. Señaló que la pensión reconocida por COLPENSIONES no contempló la mesada 14 que si pagaba la pensión extralegal; argumentó que la compartibilidad opera para todas las pensiones voluntarias o convencionales. Agregó que ha realizado reclamos verbales a AVIANCA S.A. por el pago de la mesada 14, las cuales fueron resueltas de manera negativa; concluyó que en la actualidad ALLIANZ paga por concepto de mesada pensional, la suma de $131.905, y COLPENSIONES por mesada pensional para el año 2018 por valor de $4.382.671 (Fls. 48 a 54 y 57 a 64).

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

AVIANCA S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, en su lugar solicitó se absuelva de cada una de ellas; toda vez que, AVIANCA S.A. realizó la conmutación de la pensión del demandante con la compañía de seguros ALLIANZ, en el cual se acordó que cualquier erogación a cargo de AVIANCA S.A. se subrogó en la compañía aseguradora. Aunado a ello, arguyó que, la mesada pagada por COLPENSIONES de forma anual es mayor a la pretendida por el actor, independientemente del número de semanas, razón por la cual y conforme a lo pactado, no existe mayor valor a reconocer al demandante. Aseveró que la en el acta de conciliación se consignó que: si la pensión reconocida por el fondo pensional al cual se encontrara afiliado el accionante, resultara inferior a la pagada con la empresa, esta última asumiría el pago de la diferencia del mayor valor; en consecuencia, el valor reconocido por

AVIANCA S.A. denominada pensión temporal, finiquitó al momento del reconocimiento de la pensión de vejez, esto es el 15 de febrero de 2011, en virtud de la figura de compartibilidad pensional de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 en su parágrafo transitorio 6; así las cosas, por cuanto el accionante le fue reconocida la pensión de vejez para el año 2009, época en la cual cumplió 60 años, en cuantía de $3.155.854, se tiene que el valor reconocido por pensión de vejez, supera lo dispuesto en el acto legislativo 01 de 2005, razón por la cual no es atribuible el reconocimiento de la mesada 14, por haberse configurado la causal temporal que le había permitido nacer a la vida jurídica. Propuso como excepciones de fondo las de: «conmutación pensional entre AVIANCA y COLSEGUROS-ALLIANZ, como mecanismo de normalización pensional»; «la naturaleza temporal de los beneficios extralegales reconocidos por AVIANCA S.A.»; «inexistencia de la obligación»; «prescripción», «buena fe», «compensación», «pago» y «genérica o innominada» (Fls. 91 a 100).

En audiencia celebrada el 09 de julio de 2019, se ordenó integrar al presente proceso como litisconsorte necesario a la compañía aseguradora COLSEGUROS S.A. hoy ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. (fl. 163), entidad que una vez fue notificada, dio contestación a la demanda, con oposición a las pretensiones, en su lugar solicitó se absuelva de todas y cada una de ellas, para el efecto argumentó que, el reconocimiento pensional efectuado por el ISS, hoy COLPENSIONES, subrogó la pensión voluntaria que reconoció AVIANCA S.A., toda vez que el valor de la pensión legal reconocida por el I.S.S. es mayor a la que pagaba ALLIANZ, en la medida que la mesada reconocida por COLPENSIONES; por tanto no existe mayor valor que reconocer al demandante, encontrándose totalmente subrogado el derecho en cabeza de COLPENSIONES. Propuso como excepciones de fondo, las de: «la naturaleza temporal de los beneficios extralegales reconocidos por AVIANCA S.A.», «inexistencia de la obligación», «prescripción», «buena fe», «compensación», «pago» y «genérica o innominada» (Fls. 220 a 228).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 5 y adicionada el día 6 de noviembre de 2020, declaró que la pensión temporal reconocida por AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. al demandante, es compartible con la pensión de vejez que le otorgó el I.S.S. hoy COLPENSIONES; condenó a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. a pagar al accionante a partir del 17 de abril de 2009, el valor de toda mesada catorce causadas desde el momento en que

se compartió la pensión; cuyo pago efectivo será a partir de julio de 2015 en adelante por efectos de la prescripción; en consecuencia, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción. Aunado a lo anterior, condenó a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. a cancelar la mesada catorce que llegare a causarse en el futuro, así mismo a indexar los valores dejados de pagar mes a mes desde el 6 de julio de 2015 y hacia el futuro, hasta el momento del pago. Cuyo retroactivo calculó hasta el mes de junio de 2020 en la suma de $21.078.404.94.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que conforme a lo estipulado en la conciliación mediante la cual se concedió la pensión al actor por parte de Avianca, en su cláusula segunda, allí se estipuló que se pagaría de manera temporal, por lo que era aplicable la compartibilidad pensional, estipulada en el artículo 5 del Acuerdo 049 de 1990. En lo referente a la mesada 14, precisó que en principio no había lugar a su reconocimiento, por la temporalidad en la que le fue reconocida la pensión al demandante por parte de COLPENSIONES, ya que este beneficio para esa data, es decir la mesada 14, ya había desaparecido en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005, motivo por el cual se le reconoció la pensión en 13 mesadas al año; no obstante, dado que la conciliación se hizo en fecha anterior a la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2005, estando en concordancia con las normas que para la fecha se aplicaban, se debía tener en cuenta la teoría de los derechos adquiridos, toda vez que la mesada 14 por virtud del acuerdo conciliatorio, había ingresado al patrimonio del accionante; así mismo consideró que no hay lugar a compensar ese valor definitivo con la mesada 14, que es totalmente diferente a las 13 mesadas que viene recibiendo. En cuanto a quién debe asumir el pago, recordó que se efectuó el contrato de conmutación pensional, razón por la cual es la aseguradora quien asume íntegramente la obligación.

## RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandada ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., presentó recurso de apelación, argumentando que en el presente asunto no se dan los presupuestos fácticos para que se dé aplicación a la figura de la compartibilidad pensional, toda vez que la jurisprudencia establece que cuando la empresa a la que se encontraba vinculado el trabajador, contemplaba el cumplimento de los requisitos más favorables para acceder a la pensión, el empleador asume el pago de las mesadas, hasta que el trabajador cumpla la edad y el tiempo de cotización exigidos por la ley; y que en el evento que la pensión reconocida por el empleador, sea superior a la reconocida por COLPENSIONES, deberá el empleador reconocer y pagar la diferencia. Así las cosas, en el presente caso, no operó la figura de la

compartibilidad pensional, en la medida que ALLIANZ como entidad pagadora y AVIANCA quien realizó el reconocimiento de la pensión voluntaria, es evidente que no está en la obligación de realizar un mayor pago a favor del demandante, por cuanto la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES es superior a la pensión de carácter voluntaria reconocida por AVIANCA y conmutada por ALLIANZ.

En cuanto a la teoría de los derechos adquiridos, consideró que, la cláusula 2 del acuerdo conciliatorio a la cual se hace mención, destaca que hay formas de reconocimiento de la pensión que las partes acuerdan, dejando claro, bajo qué condiciones temporales se dejará de reconocer la prestación; a su juicio es claro que desaparece la obligación de continuar realizando el pago que se deriva de la prestación de carácter voluntario; y la mesada 14 dependía de que fuera reconocida la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, que en efecto ocurrió el 17 de abril del año 2009, por un valor pensional superior al reconocido por ALLIANZ. Advirtió que desde el punto de vista material, no se afecta ningún derecho pensional, porque COLPENSIONES reconoce un valor superior, por un valor aproximadamente de $800.000; destacando que el demandante no cumple con los requisitos del Acto Legislativo 01 de 2005 para ser beneficiario de la mesada 14 desde el punto de vista legal, no voluntario, teniendo en cuenta que la pensión de vejez se reconoce hasta el año 2009. Destacó que existen precedentes de carácter horizontal con las mismas pretensiones del presente asunto, en el cual fueron absueltas tanto AVIANCA como ALLIANZ, al reconocer que las partes acordaron que la misma estaba sujeta a condiciones especiales, y una vez finalizan las situaciones especiales para continuar con su pago no había lugar a este.

Frente al retroactivo pensional, argumentó que las partes de mutuo acuerdo celebraron un acuerdo conciliatorio en el cual AVIANCA de manera libre y voluntaria reconoció una pensión voluntaria, manifestando de mutuo acuerdo las condiciones en las cuales sería considerada y pagada la pensión, incluyendo para tal evento 14 mesadas al año; no obstante que esta se mantuviera en el tiempo estaba sujeta a que se cumplieran condiciones, como lo es el reconocimiento pensional por parte de COLPENSIONES. Arguyó que las partes acordaron que una vez se hiciera el reconocimiento pensional, cesaría el reconocimiento de la pensión temporal, siempre y cuando el valor a reconocer por la entidad pagadora de pensiones, fuera superior a la que se venía realizando por parte de ALLIANZ situación que en efecto operó; y que la figura de la compartibilidad pensional establece que siempre debe existir un mayor valor por parte de la entidad que para el evento sería ALLIANZ.

## 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 AVIANCA Y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. presentaron alegaciones solicitando se revoque la decisión de primer grado. La parte actora guardó silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, establecer si procede el reconocimiento de la mesada 14 que venía reconociendo el empleador con la pensión voluntaria y temporal reconocida, y a su vez, si hay lugar a ello, establecer si la entidad accionada debe asumir tal obligación en virtud de la conmutación pensional de las obligaciones del empleador.

## CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es de advertir que se encuentra acreditado dentro del plenario que la accionada AVIANCA S.A. mediante conciliación celebrada el 09 de marzo de 2004 ante el MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - DIRECCIÓN TERRITORIAL DEL TRABAJO, reconoció pensión temporal al demandante en los siguientes términos:

> «PRIMERO: EL TRABAJADOR, laboró para LA EMPRESA durante el tiempo comprendido entre 18/12/69 y 16/03/04 en forma continua, a través de un contrato de trabajo y en razón a la propuesta de un plan de pensión anticipada presentado por la empresa y aportada con la ACAV según acta de acuerdo convencional del 2 de Octubre de 2003, decide de manera libre y voluntaria dar por terminado el contrato de trabajo a partir del día 17 de marzo de 2004, decisión que al ser aceptada por la empresa convierte la terminación del contrato en mutuo consentimiento.
>
> SEGUNDA: La empresa reconocerá por esta conciliación al trabajador una pensión de carácter temporal por la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS VEINTIUN MIL CIENTO CINCUENTA ($2.321.150) mensuales (75% de su salario promedio del último año) a partir del 17 de marzo de 2004, correspondiente a un total de 14 mesadas (Doce, una por cada mes y 2 adicionales pagaderas así una en Junio y otra en Diciembre). Esta pensión tendrá los incrementos que decrete el gobierno nacional para las pensiones a partir del 1 de enero de 2.004, así como también para los años subsiguientes. En caso de que al momento del retiro el promedio salarial del último año se hubiese aumentado el valor de esta pensión será reajustado.
>
> Esta pensión se causará hasta la fecha en que se reconozca por parte del ISS o el Fondo de Pensiones al cual se encuentra afiliado el trabajador o hasta el momento de su muerte o hasta el momento de su invalidez, lo que ocurra primero, en cualquiera de estos casos Avianca quedará completamente exonerada de cualquier obligación, siempre y cuando que la pensión reconocida por el ISS o el Fondo Privado de Pensiones respectivo sea igual o mayor.

> De acuerdo con lo establecido en la Ley 797 de 2.003, si el extrabajador beneficiario de esta pensión de jubilación voluntaria otorgada por la empresa mediante este acto, no ha solicitado ante el ISS o al Fondo Privado de Pensiones al cual se encuentre afiliado la pensión de vejez en el término de 30 días después de haber cumplido los requisitos legales para acceder a dicha pensión (55 años de edad si es mujer y 60 años de edad si es hombre), la Empresa lo hará a su nombre para lo cual el extrabajador jubilado ratifica en este acto que autoriza Avianca S.A. a adelantar los trámites correspondientes. En igual forma autoriza que los pagos de mesadas que haya hecho la empresa de más sin estar obligada a ello y que sean reconocidos posteriormente en forma simultánea por el ISS o el Fondo Privado de Pensiones al cual se encuentre afiliado, le sean reconocidas y pagadas directamente a Avianca S.A.
>
> Por lo anterior, si la pensión reconocida por el I.S.S. o el Fondo de Pensiones al cual se encuentra afiliado el extrabajador jubilado fuere inferior a la que le venía pagando la Empresa, ésta asumirá la diferencia del mayor valor en el evento en que haya lugar a ello de acuerdo a las normas legales vigentes.
>
> Igualmente, el empleador continuará cancelando los aportes para pensionen su totalidad hasta el día que cumpla los 55 años de edad si es mujer o 60 años de edad si es hombre, ocurra la muerte o se declare la invalidez. Estas sumas serán reajustadas en los mismos porcentajes y fechas en que se reajusten las pensiones de vejez, de acuerdo con lo que prevean las normas aplicables».

Tampoco se discute que AVIANCA S.A. conmutó el pasivo pensional que tenía a su cargo con la aseguradora de vida COLSEGUROS S.A. hoy ALLIANZ, lo cual fue comunicado al actor el 27 de noviembre de 2008 (fls. 14 a 16); de igual modo, el expediente da cuenta que el ISS hoy COLPENSIONES mediante Resolución No. 004401 del 15 de febrero de 2011, reconoció pensión de vejez al señor JAIME PUENTES GAITAN, a partir del 17 de abril de 2009 en cuantía inicial de $3.155.854, ello en aplicación de la Ley 100 de 1993, cuyo retroactivo fue girado a la mencionada compañía de seguros (fls. 9 a 11), posteriormente, a través de la Resolución SUB 255026 del 26 de septiembre de 2018 COLPENSIONES reajustó la prestación dando aplicación al Acuerdo 049 de 1990, en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, del cual es beneficiario el actor, arrojando una pensión al año 2009 de $3.742.558 y que al ser reajustada hasta el año 2018 se calculó en $4.422.338 (fls.199 a 209).

Lo anterior pone de presente que la pensión resultó ser superior a la concedida por el empleador AVIANCA, en la medida que aquella prestación voluntaria reajustada al año 2009 asciende a la suma de $3.052.712,30 [vs. $3.742.558].

De conformidad con los medios probatorios expuestos, se arriba a la conclusión de que el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes demuestra en forma fehaciente que fue la intención de las partes, en forma voluntaria, pactar el reconocimiento de una pensión con ese carácter [voluntaria] con límite temporal sujeta a condición resolutoria, que no fue otra que el reconocimiento de la pensión de vejez de carácter legal que asumiera el ISS siempre y cuando cumpliera los requisitos legales para acceder a ella.

La citada prestación no se concedió en virtud del cumplimiento de requisitos legales ni extralegales, sino que su génesis fue la voluntad libre de las partes para convenirla, siendo ellos quienes establecieron su naturaleza y su carácter temporal, quiere decir ello, que no se violó ni se actuó en contra del ordenamiento legal, sino que, simplemente, se anticipó el pago de las mesadas previo el reconocimiento de la pensión de vejez, de lo que se deriva un plus respecto de la expectativa legal que tenía y que en últimas se cumplió, pues la entidad de Seguridad Social así la reconoció, de lo que se deriva que no hay vulneración a derecho adquirido alguno, sino el estricto cumplimiento de los parámetros acordados entre las partes.

Ahora bien, al producirse el evento de la condición resolutoria pactada en el acuerdo conciliatorio, se concluye que fenece la obligación pactada, sin que ello derive en la violación de derechos adquiridos, pues éstos fueron de carácter temporal o transitorio, por lo que el ingreso a su patrimonio de su importe también lo fue con tal calidad. Es por ello, que no hay lugar a asignar la calidad de vitalicia a la pensión reconocida por el empleador al accionante y con ello pretender la compartibilidad de las pensiones, con base en el reconocimiento realizado por el ISS, conforme se pretende en la demanda, pues se reitera su naturaleza fue temporal y se sujetó al cumplimiento de la condición resolutoria pactada entre las partes.

La anterior tesis, ha sido expuesta por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia radicada al No. 42439 del 24 de julio de 2013[1], donde señaló:

> «Sea lo oportunidad para reiterar, en aras de la función unificadora de la jurisprudencia que tiene a cargo esta Corte, que las figuras de compartibilidad y compatibilidad posible entre la pensión por cuenta del empleador y la del ISS regulada por el artículo 18 el Acuerdo 049 de 1990 no aplican para las pensiones voluntarias de carácter temporal, pues tal regulación está hecha para el evento en que tales pensiones tengan la posibilidad de concurrencia, la cual se ha de descartar de plano, por obvias razones, si la pensión asumida por el empleador es de carácter temporal hasta tanto se otorgue la del ISS».

A su vez, en la misma decisión se pronunció frente al hecho de que tal situación no viola el principio de progresividad ni constituye una violación a derechos adquiridos, en los siguientes términos:

> «No está demás precisar por la Sala que el principio de progresividad de los derechos laborales guarda relación con el respeto a los derechos mínimos contenidos en el ordenamiento jurídico laboral y de seguridad social. Por tanto, si el empleador decide reconocer una pensión voluntaria, sin perjuicio de la

[1] En igual sentido la citada Corporación se había pronunciado en las sentencias 17054 del 13 de marzo de 2002 y la 16690 del 27 de febrero de 2002, entre otras.

> establecida en la ley o de cualquier otra de carácter extralegal existente, no se viola este principio si este la reconoce de forma transitoria como sucedió en el sublite, dado que tal reconocimiento de todas maneras implicaría un plus respecto de que lo que ya existía en favor del trabajador. Además, que puede haber derechos adquiridos de carácter temporal o transitorio, por lo que su ingreso al patrimonio será, igualmente, de carácter temporal».

Dicha tesis se ha venido reiterando entre otras, en las sentencias CSJ SL2260-2014 y CSJ SL15828-2015, CSJ SL594-2018, SL5137-2019 y recientemente en las CSJ SL1644-2020 y CSJ SL4749-2020, señalándose que este tipo de prestaciones constituyen un beneficio, una prerrogativa que el empleador concede, en forma libre, voluntaria y sujeta a extinción mucho antes de que el sistema de seguridad social, con fundamento en la ley, reconozca la pensión de vejez, precisándose: «sin que pueda considerarse que el reconocimiento en cuantía inferior a la que se extinguió constituya un retroceso, pues el derecho precedente, se reitera, era un beneficio voluntario, temporal, que se extinguía ante el cumplimiento de la edad para la pensión a cargo del sistema», máxime cuando en el caso que nos ocupa la prestación reconocida al actor por COLPENSIONES resultó superior a la concedida por AVIANCA en la referida conciliación, cumpliéndose con la condición allí pactada.

En los términos expuestos, se sigue que no hay lugar a la procedencia de la pretensión invocada en la demanda, pues al no ser compartible la pensión no hay lugar a la mesada adicional que allí se reclama y, por tal razón, se dispondrá revocar la sentencia impugnada. Así se decidirá sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron, las de primera instancia corren a cargo de la parte actora.

## 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, para en su lugar absolver a las demadadas AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA. Y ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera instancia corren a cargo de la parte actora.

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JOSE ARMANDO MORENO CASALLAS contra COLPENSIONES y OTROS Rad 110013105-004-2019-00598-01

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 los apoderados judiciales de la parte accionada COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá el 09 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 JOSE ARMANDO MORENO CASALLAS promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad de la afiliación efectuada el 28 de julio de 1999 del RPMPD al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD-RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A. por existir un vicio en el consentimiento, en consecuencia, se declare la nulidad de las afiliaciones a las AFP SANTANDER, hoy PROTECCIÓN, a PORVENIR y a COLFONDOS, efectuadas el 4 de junio de 2002, 30 de marzo de 2003 y el 27 de octubre de 2009, respectivamente. Asimismo, se ordene a COLFONDOS trasladar al RPMPD administrado por COLPENSIONES todos los valores que recibió como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos financieros, en tal sentido, se ordene a COLPENSIONES a recibir su afiliación desde el 18 de agosto de 1993 sin solución de continuidad y que se condene en costas a las demandadas, así como a lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el día 07 de febrero de 1957, que estuvo afiliado al ISS desde el 18 de agosto de 1993 hasta el 31 de julio de 1999, fecha para la cual se afilió a la AFP PORVENIR, luego de que asesores de la entidad le indicaron que en el nuevo régimen pensional tendría mejores rendimientos financieros, que el ISS sería liquidado y, por ende, que el fondo privado era más seguro. Agregó que, en junio de 2002, los asesores de la AFP PROTECCIÓN le ofrecieron trasladarse allí sin explicar el funcionamiento de los fondos privados, ni los requisitos para adquirir la pensión en el RAIS, así mismo, en febrero de 2003 los promotores de la AFP PORVENIR le indicaron que tendría mejores rendimientos y beneficios si se cambiaba a dicho fondo, a su vez, expuso que en octubre de 2009 los asesores de la AFP COLFONDOS le ofrecieron detalles publicitarios como paraguas y esferos con la finalidad de que se trasladara, así como una mejor rentabilidad del capital ahorrado. Afirmó que, cada uno de los fondos privados lo indujo al engaño y al error por omitir información, configurando un vicio en su consentimiento. Manifestó que el 15 de marzo de 2019 elevó peticiones a COLFONDOS y PORVENIR solicitando la nulidad del traslado y el retorno al RPMPD, que en el mismo sentido, radicó solicitud ante PROTECCIÓN y COLPENSIONES el 20 de marzo de 2019. Que COLFONDOS rechazó su solicitud argumentando que con la afiliación al RAIS aceptó todas las condiciones propias del mismo, que PORVENIR respondió que no era procedente realizar la anulación de la afiliación porque solo podía ser declarada por una autoridad judicial, que PROTECCIÓN negó su pedimento en tanto la afiliación tenía validez hasta que la autoridad competente dijera lo contrario y que COLPENSIONES no accedió a su solicitud indicando que solo estaba facultada para realizar la anulación si se cometió falsedad en el formulario de afiliación o la misma se realizó sin el consentimiento del afiliado. Finalmente, aseguró que para el 16 de enero de 2019 cotizó 1.721 semanas en el Sistema General de Pensiones, no obstante que de acuerdo con la simulación pensional de la AFP COLFONDOS para cuando cumpliera sesenta y dos (62) años de edad el capital ahorrado sería insuficiente para pensionarse, mientras que en el RPMPD al cumplir la misma edad su mesada pensional sería de $3.048.147 según los lineamientos de la Ley 797 de 2003 (Fls. 4 a 16).

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

El FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, el demandante firmó el formulario de afiliación de manera libre, espontánea y sin presiones, que sus asesores brindaron de manera verbal la información suficiente para garantizar que la decisión del accionante fuera libre y voluntaria. Agregó que trasladó todos los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante a PORVENIR cuando aquel se afilió a esa AFP. Formuló como excepciones de fondo las

de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP», «inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondo de pensiones Protección S.A.», «buena fe por parte de AFP Protección S.A.», «inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «prescripción» y «excepción genérica» (Fls. 136 a 142).

Por su parte, COLFONDOS S.A., contestó la demanda allanándose a todas las pretensiones y solicitó no ser condenada en costas ni agencias en derecho (Fl. 161).

Por otro lado, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, la afiliación del accionante fue voluntaria, consciente y libre de presiones y que ratificó la voluntad de pertenecer al RAIS con los diferentes traslados horizontales que efectuó. Por otro lado, afirmó que no participó en los contratos de afiliación entre el demandante y las AFP PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS, en consecuencia, no es dable endilgarle responsabilidad alguna. Agregó que, compete al demandante demostrar el vicio en el consentimiento que alegó, el cual se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de la Ley 100 de 1993 y que no es factible reactivar la afiliación porque sería contrariar el principio de Legalidad. Presentó como excepciones de mérito las de «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual», «buena fe de Colpensiones», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «inexistencia del derecho reclamado», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «error de derecho no vicia el consentimiento», «inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005», «compensación», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fl. 162 a 176).

Por último, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la afiliación del demandante al RAIS fue reflejo de una decisión libre e informada, dado que le proporcionó una asesoría completa sobre las implicaciones del traslado y del funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual y que prueba de ello es el formulario de afiliación, un documento público que se presume auténtico. Manifestó que no es procedente la declaración de nulidad en tanto no existieron vicios en el consentimiento,

causa u objeto ilícitos, así como que tampoco es dable la declaratoria de ineficacia porque el demandante no acreditó alguna conducta dolosa que impidiera o atentara contra el derecho de afiliación. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «excepción genérica» (Fl. 203 a 229).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de noviembre de 2020, declaró la nulidad de la afiliación del accionante al RAIS por medio de PORVENIR S.A., condenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los correspondientes rendimientos y ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado del accionante al RPMPD. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, informó que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la responsabilidad de las aseguradoras es de carácter profesional, teniendo el deber de suministrar al afiliado una información completa y comprensible, sobre las condiciones de su traslado, informar las ventajas, desventajas, riesgos y características de los dos regímenes, señaló de igual manera que en el evento que el afiliado manifieste que no recibió la información suficiente, la carga de la prueba se invertía en favor de aquel, al estar el fondo en mejor posición para hacerlo, en esa medida, señaló que en el presente caso PORVENIR S.A. no probó siquiera de manera sumaria que brindó la información completa al accionante al momento de la afiliación, según dedujo del interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la AFP en el que admitió que no obran pruebas en la entidad sobre la asesoría brindada puesto que se dio de forma verbal. Así las cosas, encontró viable declarar la nulidad de la afiliación y por ende, el traslado de todos los valores con motivo de la afiliación del demandante incluidos los frutos, intereses y rendimientos de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil. Con respecto a la excepción de prescripción, aclaró que la acción de nulidad del traslado no está sujeta al fenómeno de la prescripción por estar ligada al derecho pensional del demandante.

## RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de PORVENIR S.A, apeló la decisión de forma parcial respecto a la condena en costas, argumentando para tal efecto que, no se cumplen las condiciones del artículo 365 del Código General del Proceso puesto que en el libelo no hay una condena en estricto sentido, ni se probó la causación de las costas procesales o las

agencias en derecho, en consecuencia, solicitó que se revoque la condena en costas a su cargo.

De otro lado, la apoderada judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión, precisando que, la prohibición de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que limita el traslado entre régimen en cualquier momento, salvo para los beneficiarios del régimen de transición, encuentra su sustento en el artículo 48 de la Constitución Política modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, es decir que todas las actuaciones de COLPENSIONES deben ser enmarcadas dentro del principio de sostenibilidad económica del sistema financiero, en ese sentido recalcó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y que realizó la solicitud de traslado del RAIS al RPMPD cuando estaba a menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión, por lo que no podía retornar al RPMPD. Agregó que no es válido alegar la nulidad por desconocimiento de las características propias del régimen que el demandante eligió, puesto que la selección del régimen es una facultad del afiliado que incluye la aceptación de todas las condiciones del régimen al que se suscribe. Arguyó que la información sobre cada régimen pensional reposa en la Ley 100 de 1993, la cual puede ser consultada por todas las personas, incluido el afiliado, aunado a que la ignorancia de la ley no es excusa. Para finalizar, adujo que para el momento del traslado del régimen, el accionante no tenía una expectativa legítima y por ende, el precedente jurisprudencial de la CSJ no es aplicable al caso.

## 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 presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron 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 sosteniendo 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 78 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como su fecha de nacimiento el 07 de febrero de 1957, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 20 de marzo de 2019 (fls. 48 a 55), 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 para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas contaba con 4.29 semanas de cotización, equivalentes a 31 días (fls. 182 a 187), por lo que no se

[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".

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 28 de julio de 1.999 (fl. 56), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP 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 que brindó la información a cada afiliado al momento de la vinculación, 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 allegar, 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 la AFP 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 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 de régimen pensional (fl. 56), 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 AFP PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el demandante 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 juicios), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este escenario factico y probatorio, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (28 de julio de 1999, 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, 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 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 rendimientos, así como de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben ser 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 asiste razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, 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, 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 generado, así como los seguros previsionales, los cuales asumen las cargas del 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 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 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 la demandante cuando se trasladó de régimen. De igual modo, se precisa, el hecho de que el actor hubiese efectuado varios 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 dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliado.

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.

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 resultó vencida en estricto sentido la AFP PORVENIR S.A., 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 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

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MYRIAM ELIZABETH WILCHES SUA contra COLPENSIONES y OTROS Rad 110013105-004-2019-00584-01

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 judicial de la parte accionada, COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá el 10 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

La señora MYRIAM ELIZABETH WILCHES SUA promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual –RAIS- en cabeza de COLFONDOS S.A dado que incumplió su deber del buen consejo; se declare que COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A. omitieron su deber de información y que está válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD. En consecuencia, se condene a OLD MUTUAL S.A. a trasladar los aportes cotizados en el RAIS a COLPENSIONES, se condene a ésta última a aceptar dichos rubros y a registrar su afiliación sin solución de continuidad desde el 18 de enero de 1982; lo anterior, más la condena en costas, así como lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que estuvo afiliada al ISS desde el 18 de enero de 1982 en donde cotizó 189,29 semanas, que se trasladó al RAIS el 27 de junio de 1994 a través de COLFONDOS luego de la asesoría de un promotor de la AFP que no incluyó una proyección sobre el valor de su mesada pensional, ni las

desventajas del traslado de régimen, ni le advirtió que el monto de su pensión sería inferior al que recibiría en el RPMPD, contrario a ello, le indicó que el ISS se iba a acabar y que de seguir allí no podría pensionarse, mientras que en el RAIS podría pensionarse a cualquier edad. Agregó que al cumplir los 47 años, el día 12 de marzo de 2010, no recibió por parte de OLD MUTUAL, su actual AFP, información sobre la oportunidad de regresar al RPMPD antes de cumplir dicha edad. Manifestó, que el 16 de mayo de 2019 elevó solicitud a COLFONDOS con el fin de que invalidara su afiliación y que en la misma fecha radicó formulario de traslado de régimen ante COLPENSIONES, no obstante, la entidad rechazó su pedimento por estar a menos de 10 años de cumplir con los requisitos para pensionarse, en igual sentido COLFONDOS respondió no tener los elementos de juicio suficientes para dejar sin efectos su afiliación. Además, expuso que en la actualidad tiene más de 1.836,71 semanas cotizadas (Fls. 3 a 23).

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La AFP SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., antes OLD MUTUAL, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, la demandante firmó el formulario de afiliación a dicha AFP de manera libre, voluntaria, sin presiones y aceptando todas las condiciones del RAIS, así como el reglamento de SKANDIA y el plan que seleccionó. Agregó que para el momento de la afiliación a SKANDIA, la demandante ya conocía las características del RAIS puesto que estaba afiliada a COLFONDOS, administradora del mismo régimen, lo cual a su juicio reiteró su voluntad de pertenecer en el RAIS, adicionalmente enfatizó en que el traslado realizado por SKANDIA no fue un traslado de régimen, sino un cambio de AFP y que para dicho fin siguió a cabalidad la normatividad vigente, sin incurrir en conductas negligentes o poco transparentes. Formuló como excepciones de fondo las de «Old Mutual no participo ni intervino en el momento de selección de régimen», «la demandante se encuentra inhabilidad para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado», «ausencia de configuración de causales de nulidad», «inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS», «ausencia de falta al deber de asesoría e información», «los supuestas fácticas de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante», «prescripción», «buena fe» y «genérica» (Fls. 125 a 134).

Por otro lado, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, la afiliación de la accionante fue libre, voluntaria y una expresión de su derecho a la libre escogencia de régimen, que en la

demanda no se aportó prueba alguna de un vicio en el consentimiento al momento de la afiliación, contrario sensu, a su juicio, se trata de un error de derecho atribuible a la demandante por su negligencia a la hora de consultar su situación pensional, por sus obligaciones como consumidora financiera y dado que la ignorancia de la ley no es excusa, siendo así valida su afiliación al RAIS. Agregó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 y que de permitirse su traslado al RPMPD se afectaría el principio de la sostenibilidad financiera del sistema. Presentó como excepciones de mérito 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», «presunción de legalidad de los actos jurídicos» e «innominada o genérica» (Fl. 151 a 166).

Por su parte, COLFONDOS S.A., contestó la demanda allanándose a todas las pretensiones, para lo cual manifestó que no tenía los soportes necesarios de la información que brindó a la demandante puesto que para esa data las asesorías se realizaban de manera verbal, a la par, solicitó no ser condenada en costas ni agencias en derecho en caso de declarar la ineficacia del traslado (Fl. 185).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación de la accionante al RAIS por medio de COLFONDOS S.A. para tenerla válidamente afiliada a COLPENSIONES, ordenó a OLD MUTUAL, hoy SKANDIA, trasladar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los correspondientes rendimientos y a ésta última a aceptar el traslado de la demandante al RPMPD. Condenó en costas a OLD MUTUAL S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, informó que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la responsabilidad de las aseguradoras es de carácter profesional, teniendo el deber de suministrar al afiliado una información completa y comprensible, sobre las condiciones de su traslado, informar las ventajas desventajas, riesgos y características de los dos regímenes sin ningún tipo de parcialidad, pues se debe brindar la información de manera objetiva, señaló de igual manera que en el evento que el afiliado manifieste que no recibió la información suficiente, la carga de la prueba se invertía en favor de aquel, al estar el fondo

en mejor posición para hacerlo, en esa medida, señaló que en el presente caso COLFONDOS S.A. no le brindó la información completa a la demandante al momento de la afiliación, según dedujo del interrogatorio de parte rendido por la demandada y de la contestación de la demanda en la que admite no tener pruebas sobre la información que brindó. Agregó que OLD MUTUAL tampoco cumplió con la carga de la prueba que le correspondía y que no es dable escudarse en que la demandante ya conocía las características del RAIS, puesto que todas las AFP tienen el deber de brindar información a sus afiliados. Así las cosas, encontró viable declarar la nulidad de la afiliación y por ende, el traslado de todos los valores con motivo de la afiliación de la demandante incluidos los frutos, intereses y rendimientos. Con respecto a la excepción de prescripción, aclaró que la acción de nulidad del traslado no está sujeta al fenómeno de la prescripción por estar ligada al derecho pensional de la demandante.

## RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión, precisando que, la demandante guardó silencio durante más de 24 años respecto a la información que recibió al momento del traslado, hecho que a su juicio, denota abandono de la demandante con respecto a su futuro pensional y un incumplimiento a su deber como consumidora financiera, por lo que las consecuencias no deben recaer solo sobre la parte accionada. Agregó que, de acuerdo al interrogatorio de parte se evidenció que la demandante realizó la afiliación al RAIS de forma libre y voluntaria sin ningún tipo de presión, voluntad, que a su juicio, fue ratificada con su silencio sobre la información que se le brindó en aquel momento, además, aseveró que el periodo de prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales obedece a la protección de la sostenibilidad financiera del RPMPD y en últimas a la salvaguarda de los recursos del fondo común. Indicó que, la demandante solicitó el traslado de régimen cuando estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, es decir, que se encontraba inmersa en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Para finalizar, adujo que para el momento del traslado del régimen, la accionante no tenía una expectativa legítima que pudiera ser afectada por el traslado y que no era beneficiaria del régimen de transición.

## 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 alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia. Del mismo modo, el apoderado de la demandante presentó

alegatos de conclusión solicitando se confirme la sentencia de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron 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].

[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".

A folio 24 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como su fecha de nacimiento el 12 de marzo de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 16 de mayo de 2019 (fl. 96), 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 para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas contaba con 636.57 semanas de cotización aproximadas, equivalentes a 12 años, 2 meses y 12 días (fls. 79 a 89), 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 27 de junio de 1.994 (fl. 78), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP 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 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 que brindó la información a cada afiliado al momento de la vinculación, 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 allegar, 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 la AFP COLFONDOS 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 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 de régimen pensional (fl. 78), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS 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 AFP COLFONDOS S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la demandante 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 juicios), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a los precedentes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (27 de junio de 1994, fl. 78), 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 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, ni las primas de seguros, incluidos los rendimientos financieros, los cuales deben ser 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 financiera o que haya riesgo de descapitalización, 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, 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 generado, así como los seguros previsionales, los cuales asumen las cargas del 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 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 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 la demandante cuando se trasladó de régimen. De igual modo, se precisa, el hecho de que la actora hubiese efectuado un traslado 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 dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliado.

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 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 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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ANA MARÍA URIBE DUQUE contra COLPENSIONES Y OTROS S.A. Rad. 110013105-009-2019-00277-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación incoados, 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 los apoderados judiciales de las accionadas COLPENSIONES y SKANDIA S.A, contra la sentencia proferida por el Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de septiembre 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 MARÍA URIBE DUQUE promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare que las AFP PROTECCIÓN S.A. y PENSIONAR, hoy OLD MUTUAL S.A. no realizaron una simulación pensional al momento de la afiliación, que no brindaron una asesoría ajustada a la ley al no informar sobre los beneficios del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD, en consecuencia, que se declare la nulidad de las afiliaciones que realizó a PROTECCIÓN S.A y a PENSIONAR, hoy OLD MUTUAL S.A., que se ordene a ésta última a trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos por la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos e intereses, que se ordene a COLPENSIONES a recibir los rubros del traslado y a reactivar su afiliación, así como que se condene en costas a las demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 06 de mayo de 1964 e inició sus aportes a pensión en el RPMPD en cabeza del ISS el 27 de junio de

1985, régimen en el que permaneció hasta el 24 de marzo de 1995, fecha para la cual se trasladó al RAIS en la AFP PROTECCIÓN, luego de que un funcionario de aquella AFP la persuadiera con engaños para realizar el traslado, que en febrero de 1997 nuevamente la abordó un asesor de la AFP PENSIONAR, hoy SKANDIA S.A quien le indicó que sus rendimientos serían mejores allí que los de la AFP PROTECCIÓN, manteniéndola en el yerro. Agregó que solicitó el traslado y/o afiliación a COLPENSIONES poniendo de presente que su mesada pensional sería superior en el RPMPD, dado que en el RAIS según la simulación de pensión de vejez de la AFP SKANDIA del 28 de marzo de 2019 su pensión sería de más de ocho (08) salarios mínimos, es decir $7.224.952, mientras que en el RPMPD la liquidación se haría conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo más beneficiosa porque el promedio de sus aportes en los últimos diez años eran superiores a los veinticuatro (24) salarios mínimos legales mensuales. Puntualizó que COLPENSIONES negó la solicitud de traslado el 02 de abril de 2019 por estar a diez (10) años o menos para pensionarse, que hasta marzo de 2019 había cotizado 1.721,43 semanas al sistema de seguridad social de pensiones y que no goza del beneficio del régimen de transición (Fls. 34 a 53).

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La AFP PROTECCIÓN S.A contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la afiliación efectuada por la accionante el 24 de marzo de 1995 existe, es válida y está exenta de vicios en el consentimiento, en razón a que el formulario fue suscrito de manera libre y espontanea, sin mediar presiones o engaños, de conformidad con el Decreto 692 de 1994 y la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, arguyó que no es procedente solicitar la nulidad de la afiliación solo por el hecho de que la liquidación de la mesada pensional no cumple con las expectativas económicas de la demandante, máxime cuando se encuentra inmersa en la prohibición de trasladado de régimen a menos de 10 años para pensionarse. Formuló 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 y del Sistema General de Pensiones» e «innominada o genérica» (Fls. 61 a 68).

Por su parte, OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, arguyendo para tal efecto que, para el momento en el que la demandante se afilió a PENSIONAR faltaban más de 20 años para adquirir el derecho pensional, por lo que una eventual proyección en esa data hubiera sido imprecisa, que siempre se sujetó a la ley sin incurrir en conductas negligentes, ya que no participó en

un traslado de régimen, sino en un cambio de AFP para el cual cumplió con todos los requisitos. Agregó que la demandante con el traslado de régimen aceptó todas las condiciones del RAIS al ser una decisión libre y voluntaria en cabeza del afiliado de acuerdo a la Ley 100 de 1993, voluntad que manifestó con la suscripción del formulario de afiliación. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen», «buena fe », «los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el actor» y «genérica» (Fls. 108 a 119).

Por último, 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 la afiliación de la demandante goza de plena validez de acuerdo al formulario de afiliación suscito por aquella y a las cotizaciones efectuadas de manera libre, espontanea y voluntaria. Aunado a ello, indicó que la accionante no allegó prueba alguna para acreditar que su consentimiento estuvo viciado. Formuló como excepciones de fondo las de «cobro de lo no debido», «prescripción», «falta de causa para demandar», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «buena fe en las actuaciones de Colpensiones», «inexistencia de la obligación», «inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el acto legislativo 01 de 2005», «el hecho de un tercero», «calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado» e «innominada o genérica» (Fls. 132 a 141).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 29 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, en cabeza de PROTECCIÓN S.A., efectuado por la demandante ANA MARÍA URIBE DUQUE el 24 de marzo de 1995, ordenó a SKANDIA S.A. trasladar a COLPENSIONES el capital de la Cuenta de Ahorro Individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración, ordenó a COLPENSIONES a recibir dichos rubros y a reactivar la afiliación de la accionante. Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que de acuerdo a la normatividad vigente y a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, las AFP desde su origen han tenido el deber de brindar información clara, veraz, objetiva y oportuna sobre todos los beneficios y desventajas de cada régimen pensional, con el fin de que el afiliado pueda decidir de forma libre y voluntaria la mejor opción para su futuro pensional. Aseveró que ha sido clara la jurisprudencia al decir que las

afiliaciones posteriores al traslado de régimen, no convalidan dicho traslado, sino que la consecuencia lógica es que a partir de la declaración de ineficacia del traslado de régimen por falta de información del afiliado, se invalidan las afiliaciones subsiguientes, por lo cual consideró que no se tiene ratificó la voluntad de la demandante con el traslado horizontal que realizó en el RAIS. Agregó que en concordancia con la jurisprudencia laboral y el Código General del Proceso, en tratándose de negaciones indefinidas como la afirmación del afiliado de que no recibió la información suficiente, la carga de la prueba le corresponde a la AFP, en ese sentido, concluyó que las AFP no lograron demostrar que le habían suministrado a la demandante la información completa, veraz y objetiva sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, pues el formulario de afiliación no es prueba suficiente para dar por verificado el deber de información, ni lo es haber brindado una información escueta y parcializada sobre algunas de las características del RAIS. Frente a la excepción de prescripción alegada por las demandadas, enunció que en virtud del artículo 48 de la Constitución Política el derecho a la seguridad social es irrenunciable, en consecuencia, en asuntos como el de esta litis, el ejercicio de la acción no cuenta con un límite temporal por estar ligada al derecho pensional de la demandante.

## RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión, precisando que, el traslado de régimen pensional se efectúo de forma libre y voluntaria, ratificada por las cotizaciones realizadas en el RAIS y por el traslado horizontal dentro de dicho régimen, que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la entidad COLPENSIONES solo está obligada a aceptar el traslado de los beneficiarios del régimen de transición en cualquier tiempo, calidad que no acreditó la demandante, en tanto para el 01 de abril de 1994 tenía 28 años de edad y no había cotizado las 750 semanas, agregó que la demandante no demostró cuál fue la información falaz que le brindó la AFP para tomar la decisión de trasladarse de régimen. Señaló que al momento del traslado de régimen de la demandante no era posible proyectar de manera adecuada una mesada pensional y que para esa data las AFP no tenían la obligación de documentar la información brindada a los afiliados. Finalizó argumentando que, de acuerdo, a la sentencia del Tribunal Superior de Pereira del 17 de enero de 2017 de radicado 2016 0087, la inconformidad del demandante con respecto al monto pensional que recibiría en el RAIS no prueba que el traslado de régimen haya sido consecuencia de un engaño o de una información errada, sino que corresponde a aquel probar el perjuicio sufrido, la información falaz o equívoca que recibió de la AFP y la relación de causalidad entre estas y su traslado.

La apoderada judicial de SKANDIA S.A, apeló la decisión de forma parcial, en relación al reintegro de los gastos de administración argumentando que de acuerdo a la Ley 100 de 1993 y al Decreto 692 de 1994, las AFP tienen la obligación de descontar el 3% de las cotizaciones para cubrir los gastos de administración y una prima para los seguros de invalidez y sobrevivencia, que dichos gastos de administración corresponden a la AFP como retribución a su labor de administración por haber generado unos rendimientos financieros a favor de la demandante, que le corresponde al juez realizar una valoración objetiva en torno a las restituciones mutuas y a la buena fe, resaltó que los gastos de administración no están destinados a financiar la pensión de vejez y que la orden de devolver esos rubros constituye un perjuicio económico para SKANDIA y un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES porque dicha entidad no realizó ninguna actividad de administración del capital 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, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión en similares términos a la alzada, solicitando que se revoque el fallo de primera instancia en su totalidad. Asimismo PROTECCIÓN S.A., presentó alegaciones solicitando se tengan en cuenta sus consideraciones para proferir la presente providencia, específicamente en torno a la eventual orden de devolver los gastos de administración. La parte actora, por su parte, solicitó que se confirme la decisión. Mientras que SKANDIA 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 05 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 06 de mayo de 1964, por lo que cumplirá 57 años el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado a COLPENSIONES el 02 de abril de 2019 (fls. 32 y 33), es decir cuando ya estaba a menos de 10 años de alcanzar la edad exigida 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 452,14 semanas cotizadas al ISS, equivalentes a 8 años y 8 mes (fls. 18 a 19 y 142 a 147), 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 24 de marzo de 1995 (Fl. 6), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a 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, 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 PROTECIÓN 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. 6), plasmado en el formulario de afiliación a 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 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 PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (24 de marzo de 1995, fl. 6), 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 rendimientos financieros que haya generado la cuenta individual de la actora, así como los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de

tales 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 los 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

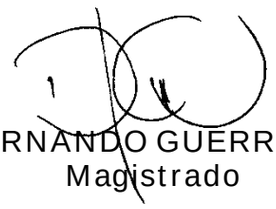
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

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

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por HERMANN JOSE SOUZA WEICH contra la AFP COLFONDOS S.A. y AFP COLPENSIONES. Rad 110013105-028-2018-00347-01

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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 028 Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 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 HERMANN JOSE SOUZA WEICH, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado el día 04 de diciembre de 1995 con la Administradora de Fondo Pensiones -AFP COLFONDOS S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLPENSIONES, tenerlo como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado. Al efecto, se reconozcan y paguen los intereses generados por la demora injustificada, en la no autorización del traslado del Régimen, a partir del 04 de diciembre de 1995, hasta la fecha en que se verifique dicha devolución; así mismo se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas, como de lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 05 de abril de 1962; que se trasladó al fondo privado de pensiones COLFONDOS S.A. el 04 de diciembre de 1995. Que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y

oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el Sistema de Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS; agregó que no se le hizo un estudio de su situación particular; que solo se le ilustró sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen pensional; informó que la AFP COLFONDOS el 27 de julio de 2017, le realizó una proyección pensional equivalente a la suma de $3.320.981; asimismo al realizar la simulación en el RPMPD, obtendría una pensión de $6.190.626; concluyó que ha cotizado desde el 1 de octubre de 1986 al 31 de marzo de 2017 un total de 1.543 semanas. Que agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 05 de octubre de 2017, solicitud que a la fecha no ha sido resuelta (Fls. 2 a 9).

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, solicitó por el contrario que se absuelva de cada una de ellas; arguyendo para tal efecto que el demandante se afilió válidamente a la AFP COLFONDO S.A. y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, así las cosas no procede declarar la nulidad; adicionalmente, recalcó que la afiliación acaeció en 1995, razón por la cual se subsanó cualquier tipo de error que hubiese podido suceder. Aunado a lo anterior, afirmó que el accionante nació el 04 de abril de 1962, por lo que se tiene que, para el 01 de abril de 1994, contaba con 33 años de edad, no siendo beneficiario del régimen de transición; adicional a ello, no contaba con 750 semanas de cotización, por lo anterior concluyó no hay lugar a que prosperen las peticiones de la parte actora. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de o no debido», «buena fe», «presunción de legalidad de los actos administrativos» e «innominada o genérica» (Fls. 52 a 55).

La AFP COLFONDOS, a su turno, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones formuladas por el actor, y solicitando se le absuelva de las mismas, en razón a que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, y por tanto no pertenece al grupo de afiliados que podrá trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo, pues no contaba con 15 años de servicio, equivalentes a 750 semanas cotizadas para el 01 de abril de 1994. Sumado a ello, tampoco le asiste derecho de trasladarse del régimen, toda vez que para la fecha de la contestación de la demanda cuenta con 56 años de edad, encontrándose en la prohibición legal de traslado pensional faltando 10 años o menos para el cumplimiento de los requisitos, para acceder a la pensión de vejez. Agregó que cumplió con los requisitos que para la época del traslado se encontraban vigentes. propuso como excepciones de fondo las de «prescripción», «caducidad», «buena fe» y «genérica o innominada» (Fl. 84 a 108).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por el accionante a la AFP COLFONDOS el 04 de diciembre de 1995; en consecuencia declaró como afiliación válida la del RPMPD administrado por COLPENSIONES. Condenó a COLFONDOS a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta del actor hacia COLPENSIONES, la cual, igualmente condenó a activar la afiliación del actor en el RPMPD y actualizar su historia laboral. Declaró como no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y les condenó en costas y agencias en derecho en suma de $1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que señaló que el acto de traslado no se aborda desde el régimen de las nulidades, por cuanto resulta desproporcionado exigirle a la filiado, que demuestre la existencia en los vicios de su consentimiento; por tanto, el asunto se abordaba desde la ineficacia. En ese sentido, le correspondía a la AFP COLFONDOS S.A. la carga de probar en qué circunstancias, se hizo el ofrecimiento al aquí demandante, y la información veraz y oportuna que se le debió brindar, para que su consentimiento estuviera debidamente informado, conforme las condiciones específicas de su situación pensional. Señaló que en el presente caso, no se logró acreditar que el demandante hubiese recibido la información por parte de la AFP COLFONDOS, sobre las consecuencias, ventajas y desventajas que le conllevaba el cambio de régimen pensional, al momento de acogerlo como su afiliado, sin embargo, dicha AFP no acreditó haber brindado información clara, precisa y detallada, al aquí accionante sobre las consecuencias de su traslado, constituyendo falta a su deber de información, detallando que si bien se realizó una proyección pensional, esta fue con ocasión de la solicitud del demandante, y tiempo después de haberlo acogido como su afiliado; aclarando en todo caso, que tal documento no evidencia que el accionante hubiese recibido esta información al momento de la suscripción del formulario, no siendo elemento suficiente para demostrar que se le suministró información completa al aquí accionante, que a lo sumo acredita un consentimiento, pero no informado, independientemente si es o no beneficiario del régimen de transición; así las cosas pese a la suscripción del formulario, concluyó no era menos cierto que la AFP incumplió con su deber de información; adicionalmente frente a los comunicados de prensa aportados por la demandada COLFONDOS S.A. tampoco tenían la capacidad de acreditar que el demandante al momento del traslado de régimen contaba con la información de las implicaciones de su afiliación;

concluyendo en torno a la excepción de prescripción, que al guardar este asunto relación con la construcción del derecho pensional resulta imprescriptible.

## RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la AFP COLFONDOS, apeló la decisión, argumentando para tal efecto que el demandante alega vicios de consentimiento específicamente el error de derecho, que su motivación radica en la mesada pensional al no cumplir con sus expectativas; del mismo modo arguyó que su representada cumplió con su deber de información y de buen consejo de conformidad con las normas vigentes al momento del traslado de régimen por parte del demandante; así mismo manifestó que la suscripción del formulario se hizo con pleno uso de su voluntad privada, sin ningún tipo de vicio en su consentimiento, cumpliendo a cabalidad con su consentimiento. Concluyó que su representada en todo momento actuó de buena fe, permitiendo que sus afiliados se acercarse para brindarle información de su situación pensional.

Por su parte, el apoderado judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión, solicitando sea revocada en su totalidad; argumentando para ello que al valorarse el presente proceso bajo la ineficacia y no la nulidad, se evidencia que con el paso del tiempo el actor nunca realizó actos que denotaran inconformidad para no pertenecer a la AFP; y a la fecha se tiene una densidad considerable de años, que no denota la falta de perfeccionamiento de qué trata el artículo 298 del Código de Comercio.

## 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 COLFONDOS S.A. solicitaron revocar la sentencia en todas sus partes y que como consecuencia se les absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte actora, quien a su vez y, por el contrario, en sus alegaciones 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 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 10 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 05 de abril de 1962, por lo que la edad de 62 años, la cumplirá el 05 de abril de 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 05 de octubre de 2017 (Fls. 12), es decir, previo a la edad exigida para adquirir el derecho pensional, pero a menos de diez años para alcanzarla; 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 cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, 360.71

[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".

semanas cotizadas al ISS, equivalentes a 6 años, 10 mes y 29 días (fls. 13-18), 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 12 de diciembre de 1995 (Fls. 11 y 105), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP 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 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 COLFONDOS 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 de régimen pensional (fol. 11), 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.

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 (04 de diciembre de 1995, fl. 11), 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 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 frutos e interese generados, los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben ser 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).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria 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, 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

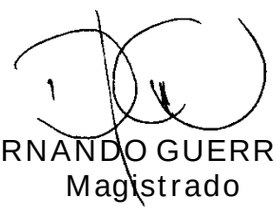
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

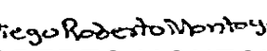
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por SANTOS FERNANDO SERRANO ANAYA contra BANCO DE LA REPÚBLICA. Rad. 110013105 039 2018 00305 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 Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, el día 27 de octubre de 2020.

## ANTECEDENTES

El señor SANTOS FERNANDO SERRANO ANAYA, interpuso demanda ordinaria, en contra del BANCO DE LA REPÚBLICA, a fin de que se le concedan las siguientes pretensiones: se declare el reconocimiento de sustitución pensional en su favor, desde la fecha de muerte de la causante, debidamente indexada o ajustada con base en el IPC, o al mayor de los intereses moratorios; asimismo, se condene a la demandada al pago del 50% del seguro de vida al que tiene derecho con ocasión de la muerte de la Señora MARÍA ISABEL VÁSQUEZ BOTERO.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que la señora MARIA ISABEL VÁSQUEZ BOTERO, falleció el 06 de julio de 2014, fecha para la cual devengaba pensión del Banco de la República; que el 30 de julio de 2014, radicó solicitud de sustitución pensional y seguro de vida reglamentario de la señora VÁSQUEZ BOTERO, haciéndolo en calidad de compañero permanente, cuya respuesta fue rechazada, razón por la cual, el 01 de septiembre de 2014 elevó

derecho de petición ante la misma entidad solicitando información acerca de la negación del reconocimiento; que el 5 de septiembre de 2014, el Banco emitió respuesta donde puso en conocimiento declaraciones extra juicio de personas que conocieron a la fallecida, sobre las circunstancias que les constó que vivió la señora VÁSQUEZ BOTERO durante sus últimos años de vida, donde narraron que la fallecida no hacía vida marital con ninguna persona, contradiciendo lo argumentado por el peticionario, por ende, le fue indicado que debía ser un juez de trabajo quien resolviera el asunto previo debate probatorio.

Señaló que el 05 de octubre de 2014, interpuso demanda ante el Juzgado Veintiuno de Familia de Bogotá, para la declaración de existencia y disolución de la unión marital de hecho con la señora VÁSQUEZ BOTERO; que dentro de las pruebas allegadas a este proceso, además de los testimonios, se encuentra la declaración extra juicio que hizo la causante el 18 de junio de 2008, en la Notaria Única de Melgar, y el 03 de marzo de 2004 en la Notaria 63 de Bogotá, en las cuales declaró su convivencia permanente con él. Respecto de las declaraciones extra juicio, informó que se tuvieron en cuenta las de los señores Buenaventura López, Luis Alberto Rodríguez, Alcibíades Álvarez Zalgar y Edgar Antonio Alba Borré, quienes declararon sobre la existencia de la convivencia entre la pareja; asimismo, adujo que fue allegada copia de un escrito hecho a mano por la causante, dirigido al Banco de la República, el 16 de marzo de 2004, donde ella misma radicó copia de su divorcio y declaró la convivencia con el mismo.

Agregó que, el 06 de diciembre de 2017 el Juzgado 21 de Familia de Bogotá, declaró la existencia de la unión marital de hecho entre el señor SANTOS FERNANDO SERRANO ANAYA y la señora MARÍA ISABEL VÁSQUEZ BOTERO, con fecha de inicio el 30 de junio de 1996 y hasta el 06 de julio de 2014; que igualmente declaró una sociedad patrimonial de hecho, desde el 07 de noviembre de 1997 hasta el 06 de julio de 2014; que la referida sentencia fue anotada en los correspondientes registros civiles. No obstante lo anterior, concluyó que la entidad demandada respondió desfavorablemente antes las diversas solicitudes por el reconocimiento de la sustitución pretendida, arguyendo la existencia de una controversia en relación a la convivencia de la pareja, por lo que le señaló la necesidad de dirimir el asunto ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral (fls. 1-6 y 35-45).

## CONTESTACION DE LA DEMANDA

El demandado BANCO DE LA REPÚBLICA, dio contestación a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que el demandante SANTOS FERNANDO SERRANO ANAYA, no acreditó los

requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, esto es, haber convivido con la causante no menos de cinco años continuos con anterioridad a la muerte de esta. En cuanto al 50% del seguro de vida, aseveró que el actor no acreditó suficientemente la calidad de compañero permanente, por lo que no cumplió con los requisitos del Art. 53 del Reglamento Interno del Trabajo del Banco de la Republica, para el reconocimiento de esta prestación. Formuló las excepciones de «buena fe», «falta de título y causa», «cobro de lo no debido», «compartibilidad de la pensión», «prescripción» y «genérica» (fls. 51 a 60).

Igualmente, propuso la excepción previa de «falta de integración del Litis consorcio necesario», aduciendo que la pensión concedida a la causante es compatible con la de invalidez, vejez y muerte, y que en aras de la compartibilidad, el Banco cotizó a favor de la Señora MARÍA ISABEL VÁSQUEZ BOTERO, para que una vez cumplidos los requisitos para obtener pensión de vejez, solo estuviera obligado a pagar el mayor valor existente entre una y otra prestación. Expuesto lo anterior, solicitó integrar la litis con la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES (fls. 85-87).

Mediante audiencia del 11 de junio de 2019, la Juez A quo dispuso declarar probada la excepción de FALTA DE INTEGRACIÓN DE LA LITIS, y ordenó vincular a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ordenando su notificación (fls. 106-107).

En consecuencia, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, a través de apoderado judicial, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas, al señalar que van dirigidas en contra de una entidad diferente. Asimismo, manifestó que no le constan los hechos de la demanda, por tratarse de hechos ajenos a su representada. Propuso las excepciones de «inexistencia del derecho reclamado», «cobro de lo no debido», «buena fe de Colpensiones», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «carencia de causa para demandar», «prescripción», «compensación» e «innominada o genérica» (Fls. 110 a 114).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, a través de sentencia proferida el día 27 de octubre del 2020, declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido; en consecuencia, absolvió al BANCO DE LA REPÚBLICA y a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra. Condenó en costas al demandante, en favor de

cada una de las demandadas, incluyéndose en la respectiva liquidación la suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS ($877.803) como agencias en derecho.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que no fue acreditada la convivencia entre el actor y la causante, como quiera que de los testimonios recepcionados en favor del demandante, estos no eran personas que frecuentaban la pareja pues se trataba del estilista canino quien los visitaba de manera esporádica, quien se limitó a decir que los veía juntos y por eso pensaba que eran pareja; asimismo el testigo Oscar Cabra, informó que se dedicaba al mantenimiento de los equipos de salud de la causante, y que los visitaba cada 1 o 2 meses. Señaló que si bien el Despacho no desconoce que el demandante conocía a la señora Isabel, no se comprende por qué no se desarrolló la convivencia conforme lo establece la Jurisprudencia, esto es con vocación de permanencia, ayuda, vocación, solidaridad y permanente, sobre todo pública, contrario a ello, el demandante entró en contradicción ante lo manifestado frente el Juez de Familia, pues primigeniamente relató que casi de inmediato se fueron a vivir juntos, que en principio no fue continua pero a partir del 2003, en razón a la salud de la causante empezaron a convivir permanentemente, y que dicha situación no señaló en este proceso, pues manifestó que él no se quedaba todos los días en la casa de la señora MARÍA ISABEL VÁSQUEZ BOTERO, solo los fines de semana pues a su compañera no le gustaban los ruidos de los perros, prefiriendo que se quedara en la casa de la mamá, y que fue solo hasta el 2014 que se fue a vivir con ella, por lo que no declaró lo mismo ante ambos Juzgados. De esta manera, el Juzgado encontró que si la señora Isabel debía estar acompañada por sus equipos médicos y con acompañamiento casi que permanente, no comprendía porqué su pareja la dejaba sola para irse a dormir en casa de su madre.

De otro lado, acotó que el mismo demandante dijo que la causante no le daba el tratamiento de compañero permanente pues ni siquiera le permitía guardar su ropa en casa de ella ya que no permitía se planchara ropa allí, no permitiéndole compartir su espacio personal, solo unas cuantas prendas y artículos personales en el cuarto de servicio, tampoco adecuó su casa para iniciar su vida marital con la persona que la ha ayudado, razón por la cual, él siempre vivió con su madre y se entiende que su relación era de amistad. Agregó también que no se entiende por qué ella no lo afilió a un servicio de salud y por qué no le dio status de compañero permanente ni frente a su hija ni ex esposo; pues habiendo varias habitaciones en la casa no le permitió llevar su ropa ni siquiera las cobijas de la casa.

Ahora bien, en cuanto a la declaración extra juicio que realizó la pareja donde adujeron que entre los dos solventan todos sus gastos de vivienda, salud, vestuario, recreación y educación, esto tampoco resultó acreditado ni como se distribuían los gastos, pues si bien el Juzgado de Familia acreditó la unión marital de hecho, este hecho no resulta por si solo su derecho para acceder a la pensión de sobreviviente.

Anudado lo anterior, insistió el Despacho no comprender como al trascurrir 17 años de compartir una convivencia, el demandante no haya hecho el esfuerzo de acompañar a su ser querido, como lo son sus honras fúnebres, haciéndose cargo de los trámites, de lo que a ella le hubiera gustado, ni acompañarla en su adiós pues ni siquiera asistió a su entierro, hubo dejación por parte del demandante por saber dónde iba a ser enterrada o cremada su compañera; igualmente, encontró que no propuso problema por entregar las llaves de la casa, razones por las que no se puede tener por demostrada la relación que alega el demandante y mucho menos la convivencia. Por lo expuesto no tiene derecho al reconocimiento de la sustitución pensional de la causante no al seguro de vida pretendido.

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial del DEMANDANTE apeló la sentencia de primera instancia, ratificándose en los hechos del escrito de demanda. Adujo que de la interpretación de los testimonios y de las pruebas aportadas, se puede evidenciar que sí se encuentra probada la convivencia entre el demandante y la causante MARÍA ISABEL VÁSQUEZ BOTERO.

## 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 del demandante se pronunció en similares términos a los de la alzada; por su parte, las accionadas BANCO DE LA REPÚBLICA y COLPENSIONES guardaron silencio.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, resolver el siguiente problema jurídico: Establecer si el demandante SANTOS FERNANDO SERRANO ANAYA acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente en calidad de compañero permanente de la pensionada fallecida, señora MARÍA ISABEL VÁSQUEZ BOTERO.

## CONSIDERACIONES

Para desatar el problema jurídico así planteado, se ha de precisar que es un hecho indiscutido dentro del proceso, que la señora MARÍA ISABEL VÁSQUEZ BOTERO, falleció el 6 de julio 2014, conforme se acredita con el registro civil de defunción que obra a folio 13 del plenario, quien se encontraba pensionada por el BANCO DE LA REPÚBLICA, según Acta de Conciliación de fecha 20 de abril de 1994 (fls. 79-81). Lo anterior, pone de presente que se dejó configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la causante.

Así las cosas, para determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación por sobrevivientes, 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, por ser esta normativa la vigente al momento del fallecimiento de la 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 de la 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 la 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, solo es exigible en caso de muerte del pensionado», 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 ese orden de ideas, para ser considerado beneficiario de la prestación por sobrevivencia, en condición de cónyuge o compañero(a) permanente supérstite respecto del pensionado del sistema pensional que fallece, si resulta exigible un mínimo de tiempo de convivencia 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 se agregaron al proceso declaraciones extra proceso de los señores MARÍA MEDINA DE CANO, MARINA ROSAS VIUDA DE MEDINA, LIGIA SOLEDAD ROSAS DE RIVERA, MARIA LUISA QUINTANA TERÁN, DIEGO ARANGO RESTREPO, LUIS FRANCISCO ANDRES CAYCEDO SÁNCHEZ, BUENAVENTURA LÓPEZ ARCOS, LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ CAMARGO, ALCIBIADES ÁLVAREZ ZALGAR y EDGAR ANTONIO ALBA BORRÉ (fls. 68-73 y 137-140)), de los cuales, LUIS FRANCISCO ANDRÉS CAYCEDO SÁNCHEZ y EDGAR ANTONIO ALBA BORRÉ rindieron testimonio en el curso del proceso.

Descendiendo al caso sub examine, se observa en el cauce del debate probatorio que al presente juicio se trajeron los siguientes testimonios:

- Andrés Gil Helffhrittz (Testigo parte demandante): Manifestó que conoció al demandante, y supo que vivía con la señora Isabel pues su hija se había ido a Estados Unidos; indicó que tuvo una amistad cercana con la pareja pues los visitaba una o dos veces por semana, sin exactitud en los días

y sin quedarse a dormir en la casa de ellos; relató que fue el señor Santos Fernando quien le contó del fallecimiento de la señora Isabel, mediante llamada telefónica, por lo que se dirigió a la casa del actor, lugar donde estaba la policía, hermanas de la fallecida y el señor Fernando en estado de shock, que este le contó que encontró a la Señora Isabel boca abajo en la cama. Dijo que en razón a que el señor Santos Fernando no le avisó sobre las honras fúnebres, no asistió a la misma. De otro lado, expuso que cuando conoció al señor Santos Fernando, trabajó de chofer, en pizzerías; en los termales, los volcanes y finalmente trabajó como coordinador de eventos en la "casona"; que la relación que mantuvo con la mamá del señor Santos Fernando fue frecuente pues ella es su inquilina hace 15 años, a su vez que el señor Santos Fernando visitaba a su madre con frecuencia pues le quedaba más fácil llegar allí que donde su compañera ya que su trabajo le quedaba más cerca de dicha vivienda. Señaló que no conoce a la hija de la señora Botero y que en algunas veces vio al ex espeso de ella; en cuanto a la colaboración del señor Fernando ante las enfermedades de la causante, dijo que fue él quien se encargó de hacer las diligencias de autorizaciones de salud y estuvo pendiente de ella, conoce de ello pues coincidió con la época que falleció su padre pues estuvo hospitalizado en la misma clínica de la señora Botero. Agregó que durante las reuniones que mantuvo con la pareja, la señora Botero indicó frente a la destinación de su pensión, que se le dejaría al señor Santos Fernando, incluso hicieron declaraciones extra juicio en la ciudad de Girardot para que el señor Fernando fuera el beneficiario de dicha prestación. No tiene conocimiento de si las compañeras laborales de la señora Botero sabían de la relación de la pareja pues en las reuniones entre las mismas, la señora Botero prefería estar sola.

- Edgar Antonio Alba (Testigo parte demandante): Conoce al señor Santos Fernando hace más de 30 años pues el atendía a los perros de la mamá del demandante y de la señora Botero; que en sus visitas la pareja siempre estaba junta; que cualquiera de los dos lo llamaba para la atención de los caninos pues su trabajo con los mismos inició alrededor del 2002 hasta la muerte de la señora Botero. Indicó que la señora Botero se refería al señor Santos Fernando como su esposo y él como su compañera. Se enteró de la muerte de la señora Botero por una llamada y luego de este evento no continuó con la atención de los perros en casa de la pareja sino en la vivienda de la madre del señor Santos Fernando. Describió a la pareja como "normal", y dijo que la relación que tuvo con ellos fue meramente de servicios, puesto

que la causante tenía dos perros, uno de raza pastor ovejero y otro gosther o cruzado.

- Oscar Javier Cabra Villamarín (Testigo parte demandante): Indicó conocer al señor Fernando pues su mamá vive cerca del testigo y además por las mascotas. Adujo que acompañaba al señor Santos Fernando a su residencia y alguna vez, en el año 2012, entró a su casa pues siendo técnico de equipos médicos, revisó el equipo de oxigeno de la señora Botero, hasta el 2013. Conoce de la relación entre la pareja, pues el demandante tenía llaves de la casa y se refería a ella como su señora. Los equipos de la señora Botero estaban en una habitación del segundo piso, indicó que entró a la casa alrededor de unas diez veces, entre semana a las 7:30pm y fines de semana, a las 10:00am. De otro lado, relató que el señor Fernando trabajo como organizador de eventos, y que no asistió a las honras fúnebres de la señora Botero pues no se enteró sino hasta los ocho días de la muerte de la señora Botero, que el señor Fernando le contó. Que las veces que entró a la casa de la pareja solo vio a una señora pero no conoce quien era, tampoco conoció a la hija de la señora Botero ni de su ex esposo ya que su relación no era intima sino que giraba solamente en torno a las mascotas y al equipo médico de la fallecida, pues ella siempre se encontraba en la vivienda. Informó que cuando el señor Fernando le contó sobre el fallecimiento de su compañera, lo vio nervioso por lo ocurrido. De otro lado, señaló que la señora Botero nunca le refirió que el señor Santos Fernando era su esposo, pero que por las onces que compartió con la pareja, se dio cuenta que siempre estaban juntos y ambos hacían la merienda para después llevarla a la mesa. Finalmente, respondió que los equipos que le reviso a la señora Isabel fue el de concentración de oxígeno y cilindros, los cuales deben tener mantenimiento las veces que tenga fallas y el mantenimiento que se le dé a los mismos ya que sus filtros deben lavarse cada ocho días, los equipos de la señora Isabel siempre que él iba estaban negros y tenían un daño en el regulador.
- Alcides Mora Bautista (Testigo del demandado -Banco de la República-). Manifestó que conoció a la señora Isabel Botero desde 1985 por ser compañeros de ruta del Banco y formaron una amistad, ella le fue reconocida pensión mediante demanda en el 1991 y después como el demandante le hacía favores a la señora Botero, tenían una relación frecuente; indicó que vio al señor Francisco en muy pocas ocasiones ya que era ex esposo de la fallecida. Adujo que aun trabaja en el Banco, como profesional Junior, verificando que los documentos que alleguen los solicitantes estén debidamente diligenciados, algunos de pensión de

sobrevivientes, así mismo, respondiendo derechos de petición, liquidación de pensiones, presentar recursos ante Colpensiones. El testigo refirió que desde que conoció a la señora Isabel siempre vivió en el mismo sitio, que ella nunca le contó sobre alguna relación sentimental que sostuviera, solo conocía que hablaba bastante con una señora Quintana, pues de hecho llegó a pensar podría ser homosexual, de resto solo tenía relación con sus mascotas y le pagaba a un paseador, llamado Santos para que los paseara. De otro lado, indicó que tuvo conocimiento de los documentos que solicitaban la sustitución pensional de la señora Isabel, que analizó la solicitud del señor Santos, así como declaraciones extra juicio, registro civil de la señora Isabel y el señor Santos Fernando y los demás que se requieren para un reconocimiento de sustitución pensional. Resaltó que ella tenía resentimientos con el banco y en alguna ocasión le contó que iba hacer un agradecimiento al paseador de sus perros, mencionándole algo sobre unas declaraciones extra juicio pues tampoco quería que el señor Francisco su ex esposo fuera acreedor de su pensión. La señora Isabel afilió a su hija a todos los beneficios de servicio médico, mediante medicina prepagada que tenía como familiar de una trabajadora del Banco, contrario al señor Francisco pues no lo afilió a ningún beneficio médico aun cuando para la época se le descontaba al pensionado el 10% por la afiliación. El testigo refirió ser el solicitante, un señor Santos; si conoció al señor Francisco Caicedo ex esposo de la señora Isabel y a la hija de la misma pero muy pocas veces. Señaló que visitaba a la señora Isabel cada vez que ella necesitaba un favor y la última vez que la vio con vida fue en el año 2011;

- Luis Francisco Andrés Caycedo Sánchez (Testigo del demandado, Banco de la República). Indicó el testigo que conoció a la señora Isabel pues fue su primera esposa, y conoce al señor Fernando Serrano pues él era quien sacaba a pasear a los perros de su señora; que la visitó frecuentemente cada quince días, que la hija que tienen en común se fue para Estados Unidos alrededor de casi 15 años, periodo durante el cual continuó visitando a la señora Isabel pues eran muy buenos amigos, conversaban de su hija y en ocasiones tomaron whiskey, que se quedaba a dormir en su casa con su segunda esposa pues ambas eran amigas, dentro estas visitas no vio con frecuencia al actor en casa de la señora Isabel, solo cuando él iba a pasear a sus perros gratuitamente en virtud de su amistad además porque ellos no mantuvieron una relación sentimental porque ella mantuvo una relación con otra persona, y que además el señor Santos Fernando es homosexual. Agregó que visitó a la señora Isabel, 15 días antes de su muerte, que fue él y las

hermanas de la fallecida los que se hicieron cargo de las honras fúnebres. Refirió que el día del fallecimiento de la señora Isabel, estuvo en casa de ella y más tarde le llamaron para indicarle de su fallecimiento, el testigo y su pareja se hicieron cargo de sus bienes materiales, pues hasta donde él tiene entendido, el actor no se hizo cargo de los preparativos del entierro de la señora Isabel, ni tampoco habían bienes del mismo en casa de la fallecida. En cuanto a los caninos, se los llevó el actor porque nadie más se quiso hacer cargo de los mismos. La vivienda donde vivía la señora Isabel era de su propiedad y luego de su muerte la heredó su hija. De otro lado, indicó que la pareja nunca convivió por lo que tampoco conoce sobre el proceso judicial que inició el demandante ante un Juzgado de Familia. Respondió que la causa del fallecimiento de la señora Isabel fue por un infarto y días previos a su fallecimiento se encontraba bien de salud; en sus visitas se quedaba en una de las alcobas de la vivienda con su actual esposa. Dijo que conoció del fallecimiento de la señora Isabel por las hermanas de la misma por lo que llegó al poco tiempo sin tener acceso al cuerpo, asimismo, no recuerda si estaba alguien de la Fiscalía o la policía. Indicó que al señor Santos Fernando le entregaron los perros de la señora Isabel por las hermanas de la misma pues él no tuvo relación alguna con el actor y adicionó que él mismo refería ser homosexual.

- María Claudia Caicedo Vásquez (Testigo del demandado, Banco de la República). Informó que conoció a señor Fernando en el año 1995 o 1996 por ser hijo de una amiga de su madre, quien estafó a la señora Isabel y a raíz de ello, establecieron una amistad. Posteriormente, el señor Fernando ayudó a su madre con sus perros, también a hacer diligencias como retirar dinero, hacer mercado pero no tiene conocimiento si esta le pagaba por hacer estas diligencias. Indicó que no vivieron juntos pues el señor Fernando tiene otras inclinaciones sexuales, de hecho un testigo es o fue su pareja, conoce de esta situación porque su madre le dijo sobre las inclinaciones sexuales del actor y tampoco era un secreto para nadie. Respecto de la relación con la causante dijo que se comunicaban semanalmente; tiene conocimiento que en casa de su madre no habían pertenencias del señor Fernando quien a su vez fue la persona que vio a la señora Isabel sin vida. De otro lado, narró que su padre le quitó las llaves de la casa al señor Santos Fernando pues luego de la muerte de la señora Isabel, él no tenía nada que hacer en la vivienda; las personas encargadas de las honras fúnebres fueron las hermanas de la occisa pues el señor Santos Fernando no asistió y quizá tampoco conozca donde se encuentran los restos de la señora Isabel. Respondió que el divorcio entre sus

padres fue muy amigable ya que él frecuentaba a su madre y se quedaba en su casa con la señora Estela, segunda esposa de él, a su vez fue el encargado de las pertenencias grandes de la vivienda como lavadora, secadora, otras cosas se donaron, se enviaron a EEUU o se las quedaron sus tías, con la vivienda y el carro se hizo sucesión de bienes y posteriormente se vendió la casa, de ello se encargó su abogado; que en ningún momento el señor Santos Fernando pidió algo sobre la casa o pertenencias de la casa de la señora Isabel pero si le pidió no intervenir en su caso con el Banco de la República pues en vida de la señora Isabel pactó con el actor solicitar pensión de sobrevivientes, empero, se arrepintió ya que se le advirtió que él se podría quedar con su casa y carro y decidió retractarse pero el señor Fernando por conveniencia no llevó los documentos al Banco, por lo que no tiene conocimiento ni fue vinculada a ningún proceso ante el Juez de Familia. Detallando un poco más sobre el proceso que adelantó la señora Isabel, expuso que declararon ante alguna Notaria su unión marital de hecho para que el señor Fernando con posterioridad pudiera reclamar la pensión de sobreviviente, pero ella sabiendo que obró mal decidió retractarse y ante su enfermedad, le indicó a su hija que iba a recibir un dinero y que le debía entregar al señor Santos Fernando 3 o 4 millones en agradecimiento por su ayuda durante años, pero ella nunca le entregó ningún dinero en razón a la notificación del Banco sobre la congelación del 50% del seguro de vida que le dejó su madre, en razón al proceso que inició el demandante. Agregó que el señor Fernando vivía con su madre y hermanos pues él no es una persona solvente en razón a que nunca ha trabajado; indicó que su mamá tenía servicio médico pero no sabe si afilió al señor Fernando. Concluyó que desde que se fue del país no ha vuelto a Colombia, así mismo, que la relación entre el actor y la señora Isabel fue cordial y de amistad pues ella lo conoce desde que tiene 20 años; dentro de las comunicaciones que mantuvo con el señor Fernando luego de la muerte de su madre fueron por teléfono y escasas. El abogado que a ella le prestó sus servicios para los trámites murió. Refirió que antes del fallecimiento de su madre no conoció en persona al señor Alcides Mora ni que su papá lo conociera, solo con posterioridad al fallecimiento de su madre y ocasionalmente.

Aunado lo anterior, encontramos que en las declaraciones extraprocesales suscritas por las ya mencionadas MARÍA MEDINA DE CANO, MARIA ROSA VIUDA DE MEDINA y LIGIA SOLEDAD ROSAS DE RIVERA, estas fueron contestes en afirmar que la fallecida MARÍA ISABEL VÁSQUEZ BOTERO, no convivía con nadie, ni

compartía techo, lecho y mesa con el Señor SANTOS FERNANDO SERRANO ANAYA (fls. 68-70). Por su parte, en las declaraciones de los señores BUENAVENTURA LÓPEZ ARCOS y LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ CAMARGO, estos manifestaron que el Señor SANTOS FERNANDO SERRANO ANAYA convivía con la causante, de forma permanente e ininterrumpida, razón por la que dijeron no conocer persona con mejor derecho que el demandante (fls. 137-139).

De la declaración extra proceso de la Señora MARIA LUISA QUINTANA TERAN, se extrae que la causante no convivió con nadie en los últimos 13 años, que con el Señor Santos Fernando eran buenos amigos y que le paseaba los perros y le cuidaba la casa, dijo conocer de esta situación porque era su vecina (fls. 71).

Por su parte, el Señor DIEGO ARANGO RESTREPO, en su declaración extra proceso adujo que el Señor SANTOS FERNANDO SERRANO ANAYA y la fallecida MARÍA ISABEL VÁSQUEZ BOTERO, no convivían, y que en una ocasión la causante le comentó que quería favorecer al Sr. SERRANO, dejándole su pensión de jubilación, siempre y cuando no afectara los derechos de su hija (fls. 72).

Ahora bien, se tiene que el demandante SANTOS FERNANDO SERRANO ANAYA rindió interrogatorio de parte, donde manifestó que desde junio de 1996, vivió en la casa de MARIA ISABEL VÁSQUEZ unos días y en la casa de su mamá otros días, que a raíz de su trabajo y porque era cerca de la casa de su madre, muchas noches iba a dormir allá, para no despertar a los perros y a Isabel a las 4:00 a.m. o 5:00 a.m. Que los gastos del entierro de la causante, supone que fueron solventados por la familia de ella, pues ella misma le había manifestado que cuando muriera, debía entregar las llaves de la casa a sus hermanas, puesto que ella ya tenía todo organizado, que la casa era para su hija y que no se sintió con derechos de permanecer ahí puesto que esa casa la había comprado Isabel Vásquez. Que cuando el ex esposo visitaba a Isabel, porque eran grandes amigos, él se iba a la casa de su mamá porque a ellos les gustaba el whisky y no tenían una buena relación, entonces regresaba cuando ellos se iban. Señaló que al no ser un hombre de dinero, colaboraba con lo que podía, que «la Vásquez» como la llamaba, solo le pedía pagar las cuentas de veterinario, y que si no tenía trabajo, le pedía pintar la casa y cosas así; que en ocasiones hacían tortillas para vender y traían cosas de Medellín para los bazares, o aborrajados de Cali. Adujo que sus elementos personales eran muy pocos, como aseo personal que los guardaba en el baño de abajo, su ropa que no era mucha porque la lavaba en la casa de su mamá, ya que Isabel le decía que ropa solo le había lavado a su marido y no lo haría a nadie más; que también tenía la colcha de su

cama, 3 bermudas, 2 pantalones, 2 camisas y un par de zapatos. Señaló que dormía en una habitación aparte y que Isabel en ocasiones le decía que se fuera ya a su cuarto, porque a raíz de las operaciones no dormía con ella. Que la causante quiso afiliarlo al servicio médico del Banco de la República, pero que le dijeron que no era necesario y que lo más sabio era que cada uno tuviera su EPS, de forma individual, porque si él se enfermaba le saldría muy caro.

Asimismo, se encuentran declaraciones extra proceso de la causante y el demandante obrantes a folios 10 y 11 del plenario, los cuales informaron que convivían juntos, indicó la causante que desde hacía 13 años para el 18 de junio de 2008, y el actor señaló que desde hacía 18 años y 7 meses para el año 2014, que no procrearon hijos y de acuerdo el dicho del señor SANTOS FERNANDO SERRANO ANAYA, nunca se separaron, solo hasta la muerte de la señora MARÍA ISABEL VÁSQUEZ BOTERO.

Adicionalmente como documentos relevantes se aportaron: comunicación del 19 de agosto de 2014, expedida por el BANCO DE LA REPÚBLICA, donde le informan al demandante que debido a controversia por la convivencia con la Señora VÁSQUEZ BOTERO, no accedió a reconocer pensión de sobrevivientes en su favor (fls. 15); comunicación del 5 de septiembre de 2014, en donde el BANCO DE LA REPUBLICA pone en conocimiento del actor, las razones por las que no accede a conceder la prestación pedida por él (fls. 16).

De otro lado, a folios 120-229 reposan copias de expediente Rad. 2014-00939 que cursó ante el Juzgado Veintiún de Familia de Bogotá, donde se declaró la existencia de unión marital de hecho entre SANTOS FERNANDO SERRANO ANAYA y MARÍA ISABEL VÁSQUEZ BOTERO, desde el 30 de junio de 1996 hasta la fecha de fallecimiento de la causante.

Frente a ello, considera esta Corporación que tal como lo ha estimado la Sala de Casación Laboral, «si bien los artículos 1° y 2° de la Ley 54 de 1990 reglamentan la unión marital de hecho, tal regulación no puede aplicarse en materia de pensión de sobrevivientes no sólo porque al delimitar su objeto dicha ley lo restringe a «los efectos civiles» que no de la seguridad social, sino porque la noción de compañero permanente para determinar el derecho a la pensión de sobrevivientes, se encuentra definida en el artículo 29 del Acuerdo 049 de 1990 (CSJ SL 25 may. 2010, rad. 33136), reiterada en la SL1618-2018.

Así pues, que lo decidido en aquel proceso no necesariamente ata al Juez Laboral para efectos de las prestaciones que otorga el sistema de seguridad social integral, y en ese orden, para demostrar la convivencia no es necesario que se declare la misma judicialmente, lo que debe demostrarse entre otros aspectos en el juicio laboral, es la convivencia real y efectiva entre la pareja, que en efecto es lo que configura el derecho pensional por sobrevivencia y por el término legalmente establecido.

Dilucidado lo anterior, para la Sala del acervo probatorio antes mencionado y con apego a las reglas de la sana crítica, NO se encuentra plenamente acreditado en el plenario que el accionante haya convivido con la causante en la forma requerida por las disposiciones legales y alcances jurisprudenciales vigentes. En efecto, la prueba testimonial en armonía con las declaraciones extra proceso permiten concluir que, si bien se les veía juntos, y el demandante se encargaba de las mascotas de la causante, lo cierto es que se encontró demostrado que muchas veces no dormía en la misma casa que la causante, que al fallecer no estuvo con ella y que para esos días se encontraba laborando en La Casona por lo que pernoctaba en la casa de su madre, que no se encontraron elementos personales del actor en su vivienda que mostrara que vivía allí y que la Señora MARÍA ISABEL VÁSQUEZ BOTERO, en agradecimiento quiso beneficiarlo para que obtuviera su pensión de jubilación, razón por la que ejecutó todos los actos tendientes a reconocerlo como su compañero permanente, sin que pueda decirse siquiera que hayan convivido por un espacio de tiempo determinado.

Es por ello que a pesar de las versiones de los testigos ANDRÉS GIL, EDGAR ANTONIO ALBABORRÉ y OSCAR CABRA, así como las demás declaraciones extra procesales, no se les otorga credibilidad, pues no permiten concluir que la convivencia como compañeros permanentes se haya suscitado con un compromiso de vida real y con vocación de continuidad. Advirtiendo la Sala en este punto, si bien la Ley no exige que la convivencia se de en un mismo techo si se debe demostrar la intención de la pareja de la continuidad del vínculo, con apoyo moral, material y efectivo y un acompañamiento espiritual permanente, lo cual en autos no se acreditó pues se itera ni tan siquiera se logró probar la existencia de un proyecto de vida en común como lo aseguró la parte actora.

Conforme a todo lo anterior, no es posible atender de manera favorable los argumentos expuestos en la apelación dirigidos a atacar la valoración de las pruebas hechas por el a quo, pues es de estas que se extrae justamente, que el de cujus si bien pudo tener una relación cercana con la demandante no tenía el ánimo de crear una comunidad de vida con ella dirigida a un destino común.

Así las cosas, se considera que la definición de primer grado se ajusta a los parámetros legales, de conformidad con las normas vigentes a la fecha de la muerte del causante, tal como quedó explicado. En razón de lo expuesto, se confirmará la decisión de primer grado.

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,

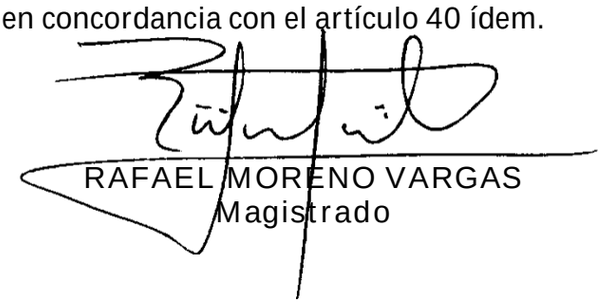
## RESUELVE

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

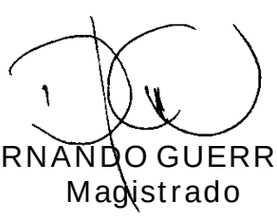
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JOSE EDUARDO SALDAÑA FERNÁNDEZ contra ALICIA URREGO DE IZQUIERDO Y OTROS Rad. 11001 31 05 029 2019 00166 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 Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el día 17 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ EDUARDO SALDAÑA FERNÁNDEZ, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de MARIA ALICIA URREGO DE IZQUIERDO, MARTHA PATRICIA IZQUIERDO URREGO, ALCIRA IZQUIERDO URREGO, LILIANA IZQUIERDO URREGO, MARIA PIEDAD IZQUIERDO PARRA y MARIA VICTORIA IZQUIERDO PARRA, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo, el cual tuvo inicio el 20 de julio de 2003 y que se mantiene vigente en la actualidad, devengando la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($350.000) mensuales. En igual medida se declare, que las demandadas incumplieron con su obligación de reajustar el salario mínimo legal mensual vigente, de afiliarlo al sistema general de seguridad social en pensión, salud y riesgos laborales, así como su obligación de consignar las cesantías y los intereses de las mismas. Por lo anterior, solicitó se

declare que tiene derecho al reconocimiento a la sanción establecida en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990.

Consecuencia de las anteriores declaraciones, pretende se condene a las demandadas al pago de la diferencia entre la suma pagada mes a mes como salario por TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($350.000) y el salario mínimo legal mensual vigente para los años 2016, 2017, 2018 y 2019. Se condene al pago de la sanción moratoria establecida en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990, desde el 15 de febrero de 2016, hasta el día en que se profiera sentencia, así como al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, dejadas de cancelar, así como del pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones correspondientes a la vigencia de toda la relación laboral, junto con los intereses moratorios de acuerdo al cálculo actuarial que elabore COLPENSIONES, valores que deberán ser indexados. Finalmente se condene conforme las facultades extra y ultra petita, como al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que fue vinculado el 20 de julio de 2003, mediante contrato de trabajo verbal celebrado con la señora ALICIA URREGO DE IZQUIERDO, devengando un salario mensual de TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($350.000), que sus labores las desempeñó en la finca EL NOGALITO- LOS MANZANOS ubicado en San Antonio del Tequendama – Cundinamarca; que sus funciones eran de vigilancia, mantenimiento de cercas y cerramientos de la finca, desyerbado y poda de plantas, limpieza de la piscina, aseo de la casa, en épocas de cosecha la recolección del café, descerezado del grano y acompañamiento a la señora ALICIA URREGO DE IZQUIERO para vender el grano de café. Agregó que el 07 de julio de 2004, la señora ALICIA URREGO le hizo firmar un supuesto contrato de arrendamiento por una habitación en la finca el NOGALITO - LOS MANZANOS, pero que al ser un contrato de arrendamiento simulado, nunca pagó el canon establecido por la vivienda rural. Detalló que se le ha pagado por concepto de salario mensual la misma suma desde el inicio de la relación laboral, hasta la fecha.

Señaló que desde la fecha de su vinculación en el 2003 y hasta la fecha de la presentación de la demanda, vivía en la finca EL NOGALITO – LOS MANZANOS, y cumplía órdenes impartidas por la señora ALICIA URREGO; sin embargo, en la actualidad debido a su avanzado estado de edad, no le es posible desarrollar satisfactoriamente sus actividades laborales, razón por la que ha sido presionado por las empleadoras para que abandone la finca, teniendo un trato desobligante

hacia él, por lo que ha instaurado quejas y denuncias ante la Inspección de Policía y Personería municipal de San Antonio del Tequendama.

Agregó que aproximadamente desde el año 2006, la propiedad de la finca EL NOGALITO – LOS MANZANOS fue transferida por proceso de sucesión del causante, VICTOR IZQUIERDO a su esposa la señora ALCIRA IZQUIERO URREGO e hijas (fls. 30 – 54).

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A través de apoderado judicial, las personas convocadas a juicio dieron contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones. Fundamentaron su oposición al señalar que entre los extremos procesales, jamás ha existido un contrato de trabajo, en la medida que no se dan los elementos establecidos en el artículo 23 del CST; razón por la cual nunca nació una relación laboral. Informan que solo existió un contrato de arrendamiento entre el señor JOSÉ EDUARDO SALDAÑA FERNÁNDEZ y la señora ALICIA URREGO DE IZQUIERDO, como única propietaria en ese entonces de la finca EL NOGALITO – LOS MANZANOS, el cual fue suscrito el 20 de julio de 2004, para habitar una de las habitaciones de la finca, por un canon estipulado de diez mil pesos ($10.000), que fueron cancelados desde el 20 de julio de 2004, hasta el 15 de noviembre de 2005. Agregan que posteriormente las partes acordaron cambiar los cánones de arrendamiento por valor de sesenta mil pesos ($60.000) por trabajos a realizar al interior de la finca, pagando así 6 cánones de arriendo mensualmente.

Explican del mismo modo, que en febrero de 2006, acordaron que la arrendadora MARIA ALICIA DE JESUS URREGO DE IZQUIERDO, no le exigiría más cánones de arriendo, y que el demandante en su calidad de arrendatario no le cobraría por cuidar la finca EL NOGALITO – LOS MANZANOS, prorrogándose este acuerdo de manera ininterrumpida hasta el 20 de julio de 2019.

Afirman que el demandante recibió los pagos correspondiente a las labores temporales de campo que realizaba al interior del predio, que dichas labores no fueron continuas, que no contaba con un horario, que no se encontraba bajo las ordenes de nadie, y que no debía recibir pago, ya que lo acordado fue que el arrendamiento se pagaría con trabajo. Propuso como excepción previa la de «inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones », y como de fondo las de «falta de poder suficiente», «buena fe de las demandadas», «evaluación de buena fe o mala fe», «inexistencia de la obligación (contrato laboral) y «cobro de lo no debido», y la «genérica» (fls.82 a 105).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 17 de noviembre de 2020, declaró que entre el demandante y la señora MARIA ALICIA URREGO DE IZQUIERDO existió una relación laboral por días, desde el año 2005 hasta 2018; en consecuencia, condenó a la demandada a pagar por concepto de cesantías la suma de $5.225.000, por intereses cesantías $226.800, por prima de servicios de los años 2016, 2017 y 2018 la suma de $1.890.000, por sanción por no consignación de las cesantías $2.829.670, por indemnización moratoria la suma de $24.041.04 diarios a partir del 1 de enero de 2019 hasta cuando sean canceladas las acreencias. Indicó que todos los valores deberán ser debidamente indexados al momento de su pago, excluyendo las indemnizaciones. Absolvió a las demás demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que se encuentra probada la prestación personal del servicio, y que la misma no fue desvirtuada por la parte demandada; resaltó que, si bien no se demostró que la prestación fuera de manera permanente, sí se encontraron probados los días laborados, de los que dan cuenta los recibos aportados por la parte accionada. Por otro lado, resaltó la ausencia de los recibos por canon de arrendamiento, pues el contrato, por sí solo no logra desvirtuar la existencia de un contrato de trabajo. Señaló que frente a las demás demandadas, no se demuestra la existencia de ningún vínculo laboral razón por la cual solo se condenara a la demandada, la señora MARIA ALICIA URREGO.

## RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la parte demandada la apeló, manifestando para tal efecto que, las partes acordaron un contrato de arrendamiento por una habitación, acuerdo del que dan fe los recibos de pago anexados al expediente, siendo estos, prueba del pago del canon de arrendamiento con trabajo. Agregó que después de un tiempo pactaron que el demandante no cobraría por cuidar la finca y la accionada no le cobraría el canon de arrendamiento, contrato que se ejecutó hasta el final, tan es así, que el accionante continúa viviendo en la habitación. Concluyó que el demandante pagaba con labores ocasionales el valor del arrendamiento, y asimismo agregó que los pagos por las actividades ocasionales a destajo, no pueden confundirse con un contrato realidad.

## 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 de la demandada presentó los siguientes alegatos de conclusión:

Se ratificó sobre los puntos de apelación, solicitando revocar la sentencia para que en su lugar se dicte la que en derecho corresponda, al considerar que se encuentra demostrado que en el presente proceso no existió un contrato de trabajo, sino un contrato de arrendamiento de vivienda rural desde el 20 de julio de 2004, donde el demandante cancelaba la suma de $10.000, y que desde el año 2006, se pactó que la Señora MARIA ALICIA DE JESUS URREGO DE IZQUIERO no le cobraría más cánones de arriendo, pues el demandante JOSE EDUARDO SALDAÑA FERNÁNDEZ, le pagaría la vivienda con el cuidado y mantenimiento de la finca.

## PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer la procedencia o no de la existencia de un contrato de trabajo realidad entre el Señor JOSÉ EDUARDO SALDAÑA FERNÁNDEZ y MARIA ALICIA DE JESUS URREGO DE IZQUIERDO y, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que se generan

## 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.

- TESTIMONIO DE CESAR AUGUSTO MURILLO FIGUEROA. Indicó ser el hermano del apoderado del demandante, que conoce al Señor JOSE EDUARDO SALDAÑA FERNÁNDEZ, de toda la vida porque es vecino de sus papás, en el municipio San Antonio del Tequendama. En cuanto a la parte demandada, dijo conocer únicamente a la dueña de la finca. Señaló que no tiene conocimiento del tipo de contratación que existe entre las partes, ni del salario, pero que sí sabe que el demandante siempre ha trabajado en esa finca. Agregó conocer de las funciones porque ha escuchado de los vecinos, que realizaba actividades de limpieza, de mantenimiento, cuidado, siembra, entre otras, que desconoce un horario pero sabe que el permanecía en la finca día y noche, y que no sabe si trabajaba en otras fincas;

- TESTIMONIO EDGAR ANTONIO DOMINGUEZ, señalo conocer tanto al demandante como a las demandadas desde hace aproximadamente 15 o 16 años, ya que es ganadero en la región y le arrendaba los potreros para que el ganado pastoree. Manifestó que al demandante le arrendaban una habitación, pero que no trabajaba en esa finca, ya que lo veía trabajando para otras fincas como las de FERNANDO NOVOA y FABIO ANCHIQUE. Señaló no conocer el canon de arrendamiento del actor, ni si pagaba servicios públicos; que su manutención la obtenía a través de labores u obras que realizaba. Indicó que la finca se encontraba en muy mal estado y que no hay cercas; que cuando necesitaba hacer algún arreglo del acueducto, nadie le decía que entrara porque no hay rejado;

- TESTIMONIO OSCAR HUGO LEON GUERRERO, este testigo igualmente señaló conocer a las partes intervinientes, porque la señora MARIA ALICIA URREGO DE IZQUIERDO, le arrendaba una habitación en

su finca, de donde también conoció al demandante, ya que vivió allí por 5 años, desde febrero de 2014 hasta el 2018. Manifestó que durante el tiempo que estuvo allá lo veía hacer «contratos de trabajo» en fincas de los vecinos, incluida la finca de su padre, y además en la finca de Don Jorge, donde limpiaba potreros; que empezó pagando por arriendo la suma de $90.000, pero desconoce cuánto pagaba exactamente el demandante y las formas de pago. Informó que la finca no produce, que solo tiene unas matas de café y se arrienda el potrero para el ganado. Que sabe que la demandada no contrataba al señor SALDAÑA FERNÁNDEZ, ya que le decía que era de muy avanzada edad y podrían haber riesgos, y que por lo tanto los trabajos en la finca los hacían otras personas.

- TESTIMONIO BERNARDO NOVOA MAYORGA, dijo conocer al demandante porque llegó a la finca de la Señora MARIA ALICIA URREGO DE IZQUIERDO, hace unos 10 u 11 años, a arrendar una habitación; que le también vivió en esa finca, en una habitación por la que cancelaba $5.000 hace 20 o 23 años. Agrego que el señor JOSE EDUARDO SALDAÑA FERNÁNDEZ, fue trabajador suyo, que le pagaba como $10.000 y tardaba hasta 8 días en terminar el trabajo; que lo veía salir por la mañana y regresar entrada la tarde. Dijo que la finca era una finca cafetera, que tenía también una piscina pero que estaba dañada, y aunque del acueducto la quisieron arrendar, ellos decían que estaba dañada. Afirmó que el demandante pasaba un largo tiempo bebiendo en una tienda cerca a su casa, que en una oportunidad lo sacó de la tienda borracho y tuvieron un accidente en moto, donde el demandante tuvo lesión de clavícula, y que a raíz de esto demandó a su hijo por daños, y llegaron a un acuerdo de pago, de doscientos mil pesos mensuales, y que en alguna ocasión no quiso firmar el recibo de pago sino que quiso recibir el dinero sin firmas.

Igualmente, se recibió interrogatorio de parte a la demandada MARIA ALICIA DE JESUS URREGO DE IZQUIERDO, quien afirmó que el demandante no presta labores en su finca, que cuando había algún trabajo esporádico lo realizaba pero que eso era cada 6 meses aproximadamente. Negó que estuvieran tratando de sacarlo de la vivienda por la edad y señaló que no existe ningún acoso en contra de él.

Por su parte, el demandante JOSE EDUARDO SALDAÑA FERNÁNDEZ, en su declaración dijo que su contrato tuvo inicio el 20 de julio de 2004, y estuvo vigente hasta el 20 de junio de 2018, por un malentendido con la dueña de la finca, ya que

se había partido la clavícula en un accidente, y que ella había quedado molesta con él, y le pidió que buscara donde irse. Que el salario de $350.000, se lo pagaban a veces cada mes y medio o dos meses, que los aumentos que le hacían eran de muy poco, como $3.000 o $5.000. Que sus funciones eran de cuidado y vigilancia de la finca de día y de noche, que cercaba cada 4 o 5 meses, limpiaba la maleza, sembraba, desyerbaba, y que nunca le dijeron que su trabajo estuviera mal; también señaló que limpiaba la piscina con una herramienta para sacar el barro cuando llovía y que se usaba para esto jabón y químicos. En cuanto al contrato de arrendamiento, señaló que lo firmó para no tener problemas, pero que fue el único documento que firmó. Concluyó que nunca prestó sus servicios para otras fincas.

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

- Contrato de arrendamiento de vivienda rural, con inicio el 20 de julio de 2004, a término de un año, por valor de renta de $10.000, suscritos entre el demandante JOSE EDUARDO SALDAÑA FERNANDEZ, y la demandada ALICIA URREGO DE IZQUIERDO (fls. 106).
- Documento escrito a mano, donde se puede observar que el demandante, ocupaba una habitación en la Finca Los Naranjos y los Nogalitos, y que por acuerdo entre las partes a partir del febrero de 2006, la demandada ALICIA URREGO DE IZQUIERDO no cobraría arriendo al demandante, y este se comprometía al cuidado de la finca; y, que las labores adicionales se las pagaría a jornal, documento que se encuentra suscrito por ambas partes (fls. 119 y respaldo).
- Recibos de pago por diversas actividades en la finca de la Señora ALICIA URREGO DE IZQUIERDO, tales como limpieza de la carretera, limpieza del café, cercado, recoger el café, limpieza de los potreros, fumigación, entre otros (fls. 119 respaldo, 120-122).
- Solicitud de restituir predio en la Finca Los Naranjos y el Nogalito, para el día 20 de julio de 2019, ya que le iban a realizar unas reformas (fls. 125).
- Declaración extrajuicio del señor EDGAR ANTONIO DOMINGUEZ CASTAÑEDA, quien señaló que la finca El Nogalito y Los manzanos, no contaba con alguien que la cuidara o un administrador, puesto que no estaba cercada y se encontraba en mal estado. Además indicó que la señora ALICIA URREGO y sus hijas, arrendaban habitaciones, pero que estas personas no se encargaban del cuidado o vigilancia de la finca (fls. 127).
- Declaración extrajuicio del señor FABIO HUMBERTO ANCHIQUE ACEVEDO, quien indicó que distingue al demandante como jornalero que ha ejercido trabajos en su finca, y también para varias personas. Que es

arrendatario de la Señora ALICIA URREGO, y que en ocasiones negoció leña o madera con él (fls. 128).

- Declaración extrajuicio del señor ALONSO LIZCA PIERNAGORDA, manifestó conocer a la demandada desde hace unos 25 años, que conoce al demandante porque llegó como arrendatario de la Señora ALICIA URREGO, y que trabaja como jornalero en la región (fls. 129).
- Declaración extrajuicio del señor ALCIDES GUTIERREZ NOVOA, dijo conocer al demandante desde hace unos 50 años, que siempre se ha desempeñado como trabajador en el campo en oficios varios; que era arrendatario en la finca de la demandada ALICIA URREGO, y que no la cuidaba ya que se encontraba en muy mal estado y enmontadas en hierba (fls. 131).
- Declaración extrajuicio del señor JOSE ROZO GARCÍA, manifestó que conoce de vista al demandante y que en aproximadamente 7 años, solo lo vio trabajar unas 3 veces, rosando potreros; que la demandada le pagaba a jornal y que la finca estaba en estado de abandono (fls. 132).
- Declaración extrajuicio del señor OSCAR HUGO LEON GUERRERO, adujo que fue inquilino de la Sra. ALICIA URREGO, por 4 años. Que conoce que el demandante salía todos los días con sus implementos de trabajo y regresaba hasta la noche, que no permanecía en la finca puesto que hacia trabajos en otras fincas como las de «ANICETO LEÓN, LUCAS TORRES, JORGE Y ALEJANDRO» (fls. 133).

En síntesis, de conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que se tiene acreditado que el demandante JOSE EDUARDO SALDAÑA FERNÁNDEZ, efectivamente prestó sus servicios en la finca EL NOGALITO- LOS MANZANOS a favor de la señora MARÍA ALICIA DE JESUS URREGO DE IZQUIERDO, pues así se desprende no solo de las declaraciones, sino de las documentales arrimadas al proceso, las que dan cuenta que el actor prestaba sus servicios de manera personal, desempeñándose en diferentes oficios como vigilancia, limpieza, cercado, poda de césped, entre otras, y que aunque si bien los testigos manifestaron que lo veían prestando servicios para otras fincas, lo cierto es que al no existir un acuerdo de exclusividad, el señor SALDAÑA FERNÁNDEZ no tenía impedimento para ello.

En cuanto al contrato de arriendo suscrito el 20 de julio de 2014, tal como lo manifestó la Juez A quo, esta documental no tiene la entidad para desvirtuar la prestación del servicio ni el contrato de trabajo, como quiera que no fue allegado

recibo alguno, o comprobante de pago, que permitiera a esta Sala, inferir que en realidad la relación entre las partes estuvo regida por un contrato de arriendo de vivienda rural.

De esta manera, y al haberse analizado todos los puntos de la apelación, la Sala no tiene otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto la parte demandada no logró desvirtuar la relación de carácter laboral entre el demandante JOSE EDUARDO SALDAÑA FERNÁNDEZ y la demandada de MARIA ALICIA DE JESUS URREGO DE IZQUIERDO. Como quiera que el monto de las condenas no fue objeto de reparo alguno permanecerán incólumes. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia.

## 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,

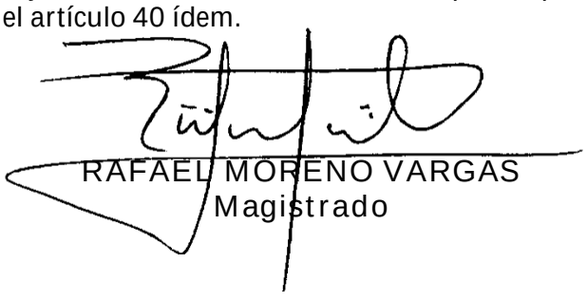
## RESUELVE:

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.

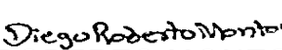
## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



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

Veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JAIME IGNACIO HENAO PEREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y OTROS. Rad. 110013105-005-2018-00214-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala 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 PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por la demandada COLPENSIONES contra de la sentencia proferida por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de octubre 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 JAIME IGNACIO HENAO PEREZ pretende se declare nulo y/o ineficaz la afiliación al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD -RAIS, la promovida por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES -AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN, por el incumplimiento de los deberes legales de información; se determines que todas las afiliaciones que pudieren haberse efectuado en este mismo Régimen carecen de validez y que se encuentra válidamente afiliado al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA -RPMPD. En consecuencia, se condene a la AFP OLD MUTUAL S.A. entidad a la cual se encuentra actualmente afiliado, a trasladar a COLPENSIONES el capital de ahorro, rendimientos, gastos de administración y demás, se condene a COLPENSIONES a activar la afiliación al demandante al RPMD, se condene a lo ultra y extra petita, así como costas y agencias en derecho.

Como fundamento en sus pretensiones informó, en síntesis, que nació el 4 de diciembre de 1959, que a partir del 31 de octubre de 1984 comenzó a cotizar en el ISS

hasta el 31 de diciembre de 1994. Indicó que en noviembre de 1994 se afilió a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. con el convencimiento que tendría una pensión muy superior a la estimada puesto que según le informaron los asesores el Instituto de Seguro Social -ISS desaparecería, a tal fecha tenía cotizado al ISS 507 semanas. Mencionó que COLMENA incumpliendo su deber legal de información no informó acerca de las condiciones, características y eventuales riesgos que implicaba al accionante afiliarse al RAIS. Explicó que cotizó en COLMENA desde noviembre de 1994 hasta octubre de 2002, fecha en la cual se afilió a COLFONDOS. En marzo de 2011 se afilió a la AFP SKANDIA que posteriormente seria OLD MUTUAL S.A., quien también omitió su deber legal de informar y asesorar al usuario apropiadamente. Así pues, que cotizó más de 1650 semanas y se encontraba cotizando al momento del presentar la demanda. Manifestó que en agosto de 2017 decidió buscar asesoría para consultar acerca del monto en que se pensionaría, donde logró evidenciar el perjuicio ocasionado por parte del RAIS cuando le hizo tomar una decisión desacertada, consecuencia de ello, el 15 de noviembre de 2017 radicó en las AFP PROTECCIÓN y COLFONDOS y el 28 de noviembre de 2017 en OLD MUTUAL S.A. solicitud manifestando la ineficacia de su afiliación y a su vez, radicó en COLPENSIONES el 16 de noviembre de 2017 requerimiento para activar su afiliación, solicitudes que fueron respondidas negativamente (FLS. 1 a 5)

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, tras consideración que consideró que los documentos relacionados con el traslado se encuentran ajustados a la norma vigente, así, no hay prueba que configure vicios en el consentimiento por parte de la AFP, además, COLPENSIONES no incidió en el traslado de régimen del accionante por lo que goza de plena eficacia. Agregó que el demandante no reúne los requisitos legales para regresar al RMPD, por cuanto no está cobijado por el régimen de transición y debió hacerlo cuando le faltaba más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, por lo que se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Advirtiendo igualmente, el error que se alega en la presente demanda no es otra que la contenida en el artículo 1509 del Código Civil, error sobre un punto de derecho, el cual no vicia el consentimiento, sumado a que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, por tanto, se debía entender que no existe el vicio alegado por la parte demandante. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de la causal de nulidad», «no procedencia al pago de costas

en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fls. 105 a 112).

La AFP PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, por considerar que la afiliación tuvo plena validez y consecuentemente generó efectos jurídicos, puesto que en el mismo confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de su voluntad, al tiempo que no existió un vicio del consentimiento del demandante ni se le ocultó información antes del momento de la firma ni al momento de afiliarse a PROTECCIÓN, ya que la misma suscribió válidamente su formulario de traslado a este fondo de pensiones obligatorias, precisando que su decisión estuvo siempre exenta de cualquier engaño o error que pudiera ser provocado por los asesores comerciales de PROTECCIÓN, debidamente capacitados para dar toda la información relevante y necesaria para orientar a las personas en sus posibles inquietudes respecto del RAIS, de manera que pudieran tomar una decisión libre, espontanea e informada; agregando que los traslados subsiguientes se presumen así mismo validos por la escogencia libre, espontánea y sin presiones de la AFP por parte del accionante. Propuso como excepciones de mérito las de «validez de la afiliación a protección hoy protección», «inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho», «prescripción» y «innominada o genérica» (Fls. 138 a 142).

Por su parte la AFP OLD MUTUAL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, por cuanto consideró la información suministrada a la accionante se encuentra acorde con las disposiciones legales vigentes, considerando que la demandante tomó la decisión informada y consciente, al hacer parte del RAIS aceptó las condiciones del mismo. En la misma medida, que no se encontró causal que anule el traslado de AFP y tampoco es posible restituir las sumas descontadas por comisión de administración debido que este se emplea en el pago de aseguradora de invalidez y muerte por tanto este dinero ya no se encuentra a cargo de la AFP, finalmente menciona que el objeto de la demanda fue el traslado de régimen con persona jurídica diferente a OLD MUTUAL S.A. Propuso como excepciones de mérito, las de «prescripción», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «buena fe» y « genérica» (Fls. 160 a 167).

La AFP COLFONDOS, contestó la demanda indicando que el Señor JAIME IGNACIO HENAO PEREZ suscribió formulario de vinculación a la AFP COLFONDOS, de manera libre voluntaria e informada, con el consentimiento informado, el 25 de octubre de 2002, con fecha de efectividad el 01 de diciembre de 2002, resaltando que este traslado se realizó bajo los lineamientos normativos vigentes para la fecha, así

mismo el traslado se encuentra exento de vicios del consentimiento y el demandante ejercicio su derecho a la libre escogencia de régimen. Por otro lado, mencionó que la vinculación del demandante con COLFONDOS se dio como traslado entre fondos del RAIS, es decir, no fue el fondo del traslado primigenio del RPM al RAIS, de otro lado tampoco es el fondo donde se encuentra actualmente, por lo que el demandante realizó otro traslado horizontal en el RAIS, y la cuenta de ahorro individual del demandante se encuentra en ceros en Colfondos S.A. No formuló excepciones (fls. 311 a 319 .pdf)

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 06 de octubre del 2020, declaró la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS realizado por el señor JAIME IGNACIO HENAO PÉREZ, a través de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. Ordenó a SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, actualizando el historial laboral. Impuso costas a cargo de SKANDIA S.A. y PROTECCION S.A. De igual modo, aceptó el allanamiento de COLFONDOS S.A.

Para arribar a tal conclusión, consideró el a quo, en síntesis, indicó que los defectos en la expresión de la voluntad como consecuencia error, fuerza o dolo impactan negativamente la libertad individual, ya que impiden que el consentimiento se preste de manera auténtica y espontáneamente, atentando contra la autonomía privada, creando una apariencia de la realidad, coaccionando al sujeto a someterse a una relación contractual que no consentiría si tuviera plena libertad. Sostuvo que de conformidad a los criterios jurisprudenciales la acción con la que se pretende la nulidad o la ineficacia no está sujeta a los términos prescriptivos sustanciales laborales ni procesales laborales, por su estrecha relación al derecho fundamental o al derecho irrenunciable a la Seguridad Social establecido en el artículo 48 Superior. De igual manera, refirió que la carga de la prueba la ostentan las administradoras de fondos de pensiones y en el caso en concreto es la AFP PROTECCIÓN, quien debía haber suministrado una información cualificada, amplia, oportuna y suficiente; añadió igualmente que el actor tenía derecho a un acceder a una información suficiente, amplio y oportuno, que implicaba indicar las ventajas y desventajas, no solo los aspectos positivos del RAIS, sino también los negativos, sin que en el proceso se acreditara haber cumplido con esa carga.

## RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES S.A. la apeló indicando, en síntesis, que con base en que la entidad no intervino en la determinación del demandante al momento de la afiliación, pues fue un tercero en la celebración de dicho contrato, lo

que en consecuencia hace que este acto jurídico genere efectos inter partes. Agregó que la labor de las AFP era de brindarle al accionante información clara, comprensible y oportuna lo cual no se logró probar y por tal motivo, es a éstas quienes en consecuencia les corresponde hacerse cargo de la pensión del actor en los mismos términos que el fondo público le ofrece, finalizó considerando que de mantenerse en firme la decisión como la jurisprudencia lo ha aclarado, podría a futuro estarse descapitalizando el fondo público.

## 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, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos en similares términos a los señalados en la alzada, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron 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. Para tal efecto, se definirá inicialmente si había lugar a aceptar el allanamiento a las pretensiones por parte de COLFONDOS S.A.

## CONSIDERACIONES

Como se advirtió en precedencia, previo a resolver el problema jurídico planteado, es pertinente entrar a definir si era dable o no admitir el allanamiento de COLFONDOS a las pretensiones de la demanda y presentado en el trámite del proceso, que fue aceptado por el a quo, y al efecto, debe decirse, que tal figura jurídica, esto es, la declaración de voluntad unilateral del demandado por la cual acepta que la parte actora tiene derecho a lo que se solicitó en la demanda incoada en su contra, en otras palabras, la decisión que muestra su conformidad con las pretensiones de quien le requiere o convoca judicialmente, siendo dable aclarar que cuando hay allanamiento parcial, el proceso continúa respecto a lo no allanado. La mencionada figura procesal se encuentra regulada en el artículo 98 del CGP en los siguientes términos:

> «ARTÍCULO 98. ALLANAMIENTO A LA DEMANDA. En la contestación o en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia el demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda reconociendo sus fundamentos de hecho, caso en el cual se procederá a dictar sentencia de conformidad

> con lo pedido. Sin embargo, el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude, colusión o cualquier otra situación similar.
>
> Cuando la parte demandada sea la Nación, un departamento o un municipio, el allanamiento deberá provenir del representante de la Nación, del gobernador o del alcalde respectivo.
>
> Cuando el allanamiento no se refiera a la totalidad de las pretensiones de la demanda o no provenga de todos los demandados, el juez proferirá sentencia parcial y el proceso continuará respecto de las pretensiones no allanadas y de los demandados que no se allanaron».

A su vez, el artículo 99 ibídem dispone la ineficacia del allanamiento en los siguientes casos:

1. Cuando el demandado no tenga capacidad dispositiva.

2. Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes.

3. Cuando los hechos admitidos no puedan probarse por confesión.

4. Cuando se haga por medio de apoderado y este carezca de facultad para allanarse.

5. Cuando la sentencia deba producir efectos de cosa juzgada respecto de terceros.

6. Cuando habiendo litisconsorcio necesario no provenga de todos los demandados.

Como puede verse, aunque de manera expresa se efectué el allanamiento a la demanda este resulta ineficaz en esos precisos eventos ya descritos, y para el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un litisconsorcio necesario dado que el fallo que se produzca les atañe a todos los codemandados por igual, por lo que resulta necesario para que el allanamiento alcance eficacia, que hubiese sido efectuado por todos demandados. En efecto, recuérdese que el aquí demandante pretende la declaratoria de la nulidad de su traslado de régimen pensional efectuado al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A., cuya consecuencia, no es otra que continuar afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, lo cual conlleva a que necesariamente COLPENSIONES asume, eventualmente, la carga de admitirla como afiliada suya en el RPMPD que administra, que a su vez acarrea el tener que recibir los aportes efectuados en el RAIS y eventualmente tener a su cargo las prestaciones económicas a que tuviera derecho la afiliada demandante (riesgos de IVM - Indemnización).

En este escenario, resulta evidente que en tratándose de un litisconsorte necesario, como es el caso que nos ocupa, en el que el asunto a resolver versa en los términos del artículo 61 del CGP «sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, [debe] resolverse de manera uniforme», resultaba necesario que COLPENSIONES también se hubiere allanado a la pretensión relativa a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la vinculación del demandante a

COLFONDOS y por ende de su vinculación al RAIS, así como hacerle entrega a COLPENSIONES de todos los valores que se encuentren en su cuenta individual, pues como ya se dijo, tales ordenes la afectan directamente, produciéndole «efectos de cosa juzgada» como lo preceptúa el numeral 5 del artículo 99 del CGP, configurándose pues, otra causal de ineficacia de dicho allanamiento.

En suma, no queda dudas entonces que el extremo procesal pasivo está conformado por una pluralidad de sujetos procesales que eventualmente concurren como eventuales destinatarios de los efectos de la sentencia en su contra, individual o conjuntamente considerados, lo cual puede llegar a afectar sus intereses, no solo procesales sino financieros, más aun cuando se trata de entidades que administran el Sistema General de Pensiones respecto incluso de los cuales la Nación es garante, directa o indirectamente, y ocurre cuando uno de estos sujetos «privados» previamente se allana a las pretensiones, y es por lo que tal allanamiento obviamente incide en las resultas del proceso respecto de los demás que conforman la pasiva, como ocurre en el sub judice, y particularmente, sin atender que la entidad que se allana es de la cual se predica la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional.

Todo lo cual, no solamente va en desmedro de los intereses procesales de los demás sujetos que NO intervienen en tal acto, sino que puede llegar al incumplimiento de expresos deberes legales, como parte o apoderados judiciales, según el artículo 78 del CGP, por lo tanto, COLPENSIONES no participó de dicho acto jurídico al echarse de menos en el proceso el acta respectiva del Comité de Conciliación de dicha entidad, tal como lo ordenan el artículo 65B– de la Ley 23 de 1991, adicionado por la Ley 446 de 1998 y su Decreto Reglamentario 1716 de 2009. Resultando claro, entonces, que erró el juez a quo ya que no debió aceptar el allanamiento en los términos referidos por el juez a quo, y por ello se revocará este puntual aspecto de la decisión de primer grado.

## DE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Con el ánimo de 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 20 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 04 de diciembre de 1959, por lo que la edad de 62 años, la cumplirá el misma día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES día 16 de noviembre de 2017 (Fls. 43 a 45), es decir, cuando evidentemente le 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 468,14 semanas de cotización equivalentes a 8 años, 11 mes y 20 días (fl. 21), 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 02 de noviembre de 1994 (Fl. 22), específicamente, conforme la información registrada en el 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

[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 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. 22), plasmado en el formulario de afiliación a PROTCCIÓNS.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 PROTCCIÓNS.A.

Así, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (02 de noviembre de 1994 fl. 155), 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 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 rendimientos, así como de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben ser 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 soportan las 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 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. De igual modo, se precisa, el hecho de que la actora hubiese efectuado un traslado 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 dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliado.

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 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.

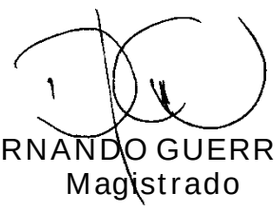
SEGUNDO: REVOCAR el ordinal cuarto de la se sentencia de primera instancia, para en su lugar NO ACEPTAR el allanamiento planteado por la accionada COLFONDOS, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos allí consignados. En lo demás se confirma la decisión.

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

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