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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por OLGA LUCIA JORGE CANTOR contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-008-2020-00028-01.

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 PORVENIR S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el 07 de julio de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **OLGA LUCIA JORGE CANTOR** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- efectuada por PORVENIR S.A. y como consecuencia de lo anterior, se condene a esta última, restituir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES las cotizaciones a pensiones que se han acumulado en su cuenta individual, los rendimientos que se hayan generado, el valor que corresponda al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, y los bonos pensionales si a ello hubiere lugar. Se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada, así como recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS, y a contabilizar para efecto de pensión, las semanas cotizadas en el régimen anterior.

De igual forma, se condene a las demandadas al pago de lo ultra y extra petita, así como al pago de las costas y gastos del proceso.

En el caso de no prosperar la pretensión principal, como subsidiaria pretende se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado del RPMPD al RAIS, en cabeza de la AFP PORVENIR S.A., al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación con estos fondos privados para el traslado de Régimen Pensional.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que, nació el día 23 de abril de 1964. Anotó que, al inicio de su vida laboral se afilió por primera vez al RPMPD, administrado por el Instituto de Seguro Social -ISS, actualmente COLPENSIONES, en el año 1984. Informó que el día 24 de octubre de 1996 se trasladó del RPMPD al RAIS en PORVENIR S.A. Manifestó que el traslado se efectuó sin la asesoría previsional adecuada, nunca obtuvo información de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y sobre todo cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, añadió que no existió solicitud o voluntad alguna para su traslado, teniendo en cuenta que, en el año 1996 su empleador obligó a sus trabajadores de forma masiva, a trasladarse a PORVENIR S.A. con quien aparentemente se tenía un convenio comercial. Mencionó que el formulario de solicitud de vinculación a PORVENIR S.A. no fue un acto voluntario e informado, agregó que, lo que la motivó fue la falsa promesa en la que le aseguraron que si se trasladaba al Fondo Privado tendría mejores condiciones que en el ISS, puesto que dentro del RAIS podía disponer del dinero en el momento que lo prefiriera, que el monto de la mesada sería muy superior, sin tramites adicionales y sin las aparentes complicaciones del RPMPD. Detalló que, para el mes de noviembre de 2018 y estando próxima a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, solicitó una proyección pensional a la AFP PORVENIR S.A. para determinar el monto aproximado de la pensión y evidenció el grave perjuicio y afectación que tendrá a su mínimo vital móvil con la pensión del RAIS en comparación con la pensión que obtendría en el RPMPD. Adujo que el 12 de abril de 2019, a través de un derecho de petición, realizó la correspondiente reclamación administrativa ante COLPENSIONES, respondida aduciendo que no era procedente anular la afiliación, por cuanto el traslado efectuado se hizo en ejercicio del derecho de libre elección de régimen de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, art. 13 Literal b; a su vez, ese mismo día, mediante derecho de petición con radicado 0100223023747900 solicitó a la AFP PORVENIR S.A. el traslado del RAIS al RPMPD por un vicio en el consentimiento ante la falta de asesoría previsional que señala la ley, para lo cual, el día 25 de abril de 2019 la AFP PORVENIR S.A.

respondió negativamente a su petición, argumentando que, con la suscripción del formulario de afiliación se dejó expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones y no es posible el traslado dado que se encuentra a menos de 10 años de la edad de pensión, por lo que indicó que actualmente continúa afiliada a PORVENIR S.A. (Exp. Digital. 01. CUADERNO PRINCIPAL EXP. 008-2020-0028 (1) Págs. 03 a 27).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para tal efecto que, la vinculación de la demandante en el año 1996, fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N° 806588 -documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que indicó se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A. del CPT. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «excepción genérica» (Exp. Digital. 01. CUADERNO PRINCIPAL EXP. 008-2020-0028 (1) Págs. 156 a 181).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la demandante efectuó el traslado del RPMPD al RAIS a la AFP PORVENIR S.A., porque el traslado realizado por la parte actora a la AFP se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 sino plenamente valido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, razón por cual, consideró que la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecido en el trámite de traslado alegado por la interesada, debe probarse en el desarrollo del proceso judicial. Asimismo advirtió que, conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la parte actora no se encuentra dentro del límite temporal allí consagrado para efectuar traslado alguno entre regímenes pensionales, por ultimo recordó que, no es beneficiaria del Régimen de Transición por requisito de tiempo de servicios, toda vez que, al 01 de Abril de 1994 tenía cotizadas únicamente 456,15 semanas tal como consta en la Historia Laboral emitida por COLPENSIONES, de forma que no cumple

con el requisito establecido en la Sentencia SU-062 de 2010 para efectuar traslado de Régimen Pensional en cualquier momento. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción y caducidad», «declaratoria de otras excepciones» e «inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir» (Exp. Digital. 01. CUADERNO PRINCIPAL EXP. 008-2020-0028 (1). Págs. 188 a 194).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 07 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS verificado a través de la AFP PORVENIR S.A. y realizado el día 24 de octubre de 1996. En consecuencia, declaró válidamente vinculada a la accionante al RPMPD, como sí nunca se hubiera trasladado, condenó a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de la misma manera, declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que las AFP tienen el deber de informar al afiliado sobre su derecho pensional en uno y otro régimen, así como las características de cada uno y la incidencia que tales aspectos puedan tener en su situación pensional, de tal suerte que el traslado esté precedido por un consentimiento informado, pues de lo contrario, la afiliación carece de validez. Manifestó que el precedente jurisprudencial no sólo se extiende a los beneficiarios del régimen de transición o a quienes tenían una expectativa legítima para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino que las AFP tienen el deber de suministrar información completa, veraz y oportuna a todos los afiliados, por lo que les compete a los fondos demostrar que cumplieron con su obligación. En ese orden, señaló que la AFP PORVENIR no acreditó el cumplimiento de dicho supuesto fáctico, aclarando que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para tal fin, dado que no demuestra la existencia de consentimiento informado a la hora de efectuar el cambio de régimen, aunado a que la misma demandante narró que fue presionada para dicha vinculación en virtud de un presunto convenio entre la AFP y el empleador, sin embargo, no demostró fuerza para la mencionada vinculación. Indicó el Despacho que no halló confesión por parte de la accionante sino reiteración de lo expuesto en el libelo demandatorio. Así las cosas, argumentó que fue entonces el

formulario de solicitud de afiliación el único documento que pretende probar la vinculación al RAIS y ello resulta insuficiente, por lo que estimó razonable declarar la ineficacia de traslado requerida por la demandante. De otro lado, señaló que, en cuanto al pago de los gastos de administración, estos deben ser devueltos a COLPENSIONES integralmente, así como los aportes y rendimientos financieros en concordancia con los precedentes jurisprudenciales. Finalmente, aseveró que la acción que persigue la ineficacia de la afiliación no está sometida al término de prescripción por estar relacionada con el derecho pensional de la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** apeló la decisión para que se revoque en su totalidad, argumentando para tal efecto, que la ineficacia se fundamentó en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, el cual sanciona el impedir o atentar contra la afiliación del trabajador, lo que supone un dolo que no fue alegado ni demostrado dentro del proceso, agregó que respecto de las pruebas aportadas por la entidad, se tuvo el formulario de afiliación, firmado de manera libre y voluntaria, el cual muestra que a la demandante se le brindó información completa y siendo este el único documento exigido para la época que demostrara la información que se proporcionó, documento que se presume auténtico y no fue tachado de falso, manifestó que de no ser éste, un documento que dé certeza de la información entregada, la juez no indica cuál es la prueba que demuestre la validez de la afiliación, pues es imposible allegar al plenario la declaración del asesor que generó la vinculación. Agregó que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003 en virtud de la no descapitalización del Régimen de Prima Media. Añadió que, la actora estuvo por más de 24 años en el RAIS sin presentar ningún tipo de inconformidad, permitiendo los descuentos al fondo común la AFP PORVENIR, lo que conduce a determinar que el deseo de la accionante siempre fue pertenecer al RAIS. Indicó que contrario a lo declarado, sí existió confesión por la demandante, pues señaló que conocía desde 1996 que iba a tener una cuenta de ahorro individual a su nombre y esto le generaría ciertos rendimientos, además, expresó que conocía las características entre los dos Regímenes. Asimismo, estimó injustificado que no se tuvo en cuenta el Plan de Asesoría a once años, enviado al empleador, aunado a que la actora incumplió con su deber de tener actualizados sus datos en la AFP. Finalmente, en lo relativo a los gastos de administración, adujo que estos no hacen parte integral de la pensión de vejez, son de tracto sucesivo y prescriben y su traslado generaría un enriquecimiento sin justa causa a COLPENSIONES.

A su vez, el apoderado judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión para que se revoque en su totalidad, argumentando para tal efecto, que para el momento en que la demandante se trasladó de Régimen pensional, la única exigencia vigente para éste trámite era la suscripción del formulario de afiliación y es imposible aportar una prueba como lo es el testimonio del asesor de la época, teniendo en cuenta que el traslado fue hace más de 25 años, por lo que considera debe tenerse en cuenta y analizarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar del traslado, de acuerdo a las exigencias vigentes en las que estaba vigente la suscripción del formulario de afiliación. En suma, solicitó que, de ratificarse la decisión, es preciso que los conceptos de administración y pago de seguros sean debidamente indexados a la fecha y trasladados a COLPENSIONES.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de concusión, las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. La parte demandante solicitó que se confirme.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve 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 28 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 23 de abril de 1964, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes de la presente anualidad, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES el 12 y 30 de abril de 2019 (fls. 30 a 39), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 443,16 semanas cotizadas al ISS (fl. 219), 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, 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 octubre de 1996 (fl. 73), específicamente, conforme al formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

---

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen, 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. 73), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, o conocer algunas características del RAIS, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (24 de octubre de 1996, fl. 73), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a las recurrentes, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado

no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

Y en lo que refiere a la indexación de los gastos de administración, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en la sentencia CSJ SL 3207-2020, indicó:

> ***«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia***
>
> *Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos,* ***se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados,*** *junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor."* (Negrillas y subrayas fuera de texto)

De igual forma, tampoco incide 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.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene importancia 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 en lo que refiere al denominado *«plan de asesoría "11 años"»* (fl. 157), la misiva está dirigida al empleador de la demandante, cuya fecha data de octubre de 2010, por lo que, en caso remoto de habérsele enviado a la actora, tampoco tendría la virtualidad de convalidar la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS al momento del traslado, que se itera, es lo que se revisa en esta clase de procesos.

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 CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **modificará** la decisión de primer grado, en el sentido de precisar que la devolución ordenada, incluidos los gastos de administración, deben ser indexados al momento se ser recibidos por parte de **COLPENSIONES**. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

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

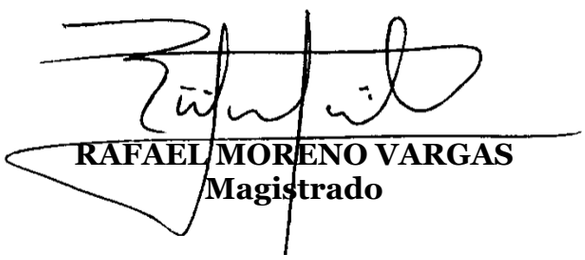
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de precisar que la devolución de los conceptos allí ordenados, deben ser indexados al momento de su traslado a COLPENSIONES, según el alcance de las consideraciones expuestas en precedencia.

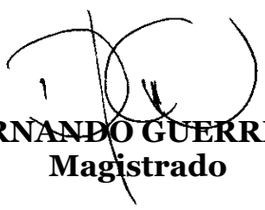
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

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.

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por JOHANA CAROLINA BECERRA CIFUENTES contra la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR-COMPENSAR. Rad. 110013105-025-2016-00457-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación formulado por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 30 de junio de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **JOHANA CAROLINA BECERRA CIFUENTES** junto con su compañero permanente, el señor **EBERTO DE JESUS COBO MONTESINO,** obrando a su vez en nombre y representación de los menores **JUAN ESTEBAN BLANCO BECERRA** y **DAVID FELIPE COBO BECERRA,** instauran demanda ordinaria laboral contra la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR-COMPENSAR, con el fin de que se declare que existe un contrato laboral a término indefinido desde el 18 de noviembre de 2008, dentro del cual laboró horas extra y días dominicales. Igualmente, se declare que la demandada es responsable culposamente de la enfermedad laboral que padece, es decir, el trastorno de ansiedad -no especificado-, en consecuencia, se condene al pago de la indemnización del daño emergente y lucro cesante, más la indemnización por los daños materiales y perjuicios morales. Finalmente, que se condene a la accionada a lo ultra y extra petita, más las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el 18 de noviembre de 2018 firmó contrato de trabajo con la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR-COMPENSAR, para desempeñar el cargo de acompañamiento al cliente o atención al usuario, cumpliendo un horario de 12:00 pm a 8:00 pm de lunes a viernes y devengando un salario básico de $1.573.000. Explicó que al momento de iniciar a

laborar para la accionada se encontraba en perfecto estado de salud, sin embargo, a partir de 2014, el examen de salud ocupacional estableció que era apta para laborar con restricciones, debido a que la EPS COMPENSAR le diagnosticó cefalea debida a tensión, trastorno mixto de ansiedad y depresión. Expuso que desde julio de 2011, desempeñó las labores de Auxiliar administrativo, por lo que debía cumplir un horario de 8:00 am a 5:00 pm, no obstante, debió modificar su horario laboral, por la carga laboral que le impuso su jefe inmediata, la señora, Leonora Cerda Gómez, de tal forma que iniciaba su jornada a las 6 a.m. y finalizaba a las 8 p.m. o 9 p.m. de lunes a viernes, mientras que los sábados entraba a las 8 am y salía a las 4 pm, aunado a que, se vio obligada a laborar los domingos y a llevar trabajo para su casa. Aseguró que su jefe inmediato, la señora Leonora Cerda Gómez, siempre sostuvo una relación laboral tensa, incluyendo gritos, malos tratos y humillaciones, lo que le generó estrés laboral. Por lo anterior, señaló que el 27 de febrero de 2014 manifestó por escrito a la Oficina de Talento Humano la situación de acoso laboral. Indicó que a partir de febrero de 2014, la EPS COMPENSAR solicitó varios documentos para iniciar el trámite de calificación de enfermedad laboral, por lo que tras acudir a diferentes citas, incluso con un especialista en psiquiatría y obtener varias incapacidades, el día 04 de julio de 2015 la entidad concluyó que el trastorno de ansiedad-no especificado es de origen laboral, lo cual fue ratificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá mediante decisión del 17 de septiembre de 2015. Añadió que fue reubicada en el área de talento humano a partir de marzo de 2014, para ocupar el cargo de *Requicidora*, sin embargo, la carga laboral no disminuyó, sino que le fueron encomendadas nuevas funciones y comenzó a cumplir un horario laboral de 7 am a 4 pm de lunes a viernes y un sábado cada quince días (Fls. 287 a 302).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La accionada **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR-COMPENSAR**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que cumplió con todas las obligaciones a su cargo respecto de la prevención y mitigación de riesgos a los que se exponía la demandante, puesto que realizó un panorama de riesgos y se establecieron una serie de medidas, tales como el programa de riesgo psicosocial y capacitación en el manejo del estrés. En torno al acoso laboral aludido por la actora, mencionó que existen protocolos para evitar las situaciones de acoso laboral, aunado a que existe un Comité de Convivencia Laboral, mismo que conoció y resolvió la queja de acoso laboral formulada por la demandante, donde se indicó que la situación reportada no era constitutiva de acoso laboral. Resaltó que siempre acató la totalidad de las recomendaciones

médicas hechas a la demandante, tanto que incluso, la reubicó en una sede diferente, con una jornada laboral inferior a la inicialmente pactada y modificó algunas funciones de su cargo. Aseveró que en tratándose de trabajo suplementario y culpa patronal, corresponde al trabajador acreditar las horas extra, trabajo dominical e incumplimiento de los deberes por parte del empleador. Aseveró que para que sea procedente el pago de la indemnización de perjuicios, es necesario que se acredite la culpa plenamente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente o la enfermedad laboral, el daño generado con ocasión al trabajo y el nexo causal, sin embargo, la parte actora sólo probó la existencia de un daño que según la Junta Regional de Calificación es de origen laboral, sin que se demuestre la existencia de un hecho culposo y menos aún, que la enfermedad laboral haya tenido origen en él. Formuló como excepciones de fondo las de «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación-improcedente de la indemnización plena de perjuicios solicitada», «buena fe», «pago», «cobro de lo no debido», «prescripción» y «compensación» (Fls. 323 a 354).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 30 de junio de 2021, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que de acuerdo con la postura de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, es necesario que el trabajador demuestre de forma clara y precisa el trabajo suplementario, puesto que no es posible realizar la liquidación de tales valores a partir de suposiciones o conjeturas, no obstante, la parte actora no cumplió con tal carga probatoria. Respecto de la culpa patronal, precisó que cuando el trabajador pretende el cobro de la indemnización ordinaria de perjuicios tiene la carga de probar que el empleador no actuó con la debida diligencia y cuidado y que como consecuencia de su actuar, se produjo la enfermedad profesional. En ese orden, encontró que la ARL LIBERTY emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral, donde se indicó que la demandante padece un trastorno mixto de ansiedad y depresión, el cual es de origen laboral y causó una pérdida de capacidad laboral del 31.70% con una fecha de estructuración del 01 de enero de 2018, mientras que el dictamen realizado por la Junta Regional de Calificación no determinó una fecha de estructuración, concluyendo que la fecha de estructuración fue posterior al 2014, año en el que se produjeron los hechos motivo de demanda. Explicó que las prestaciones por riesgo profesional son propias del sistema general de riesgos

profesionales, mientras que la indemnización total de perjuicios debe ser pagada por el empleador cuando su culpa sea suficientemente comprobada. Manifestó que de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la parte actora era la encargada de demostrar suficientemente la culpa del empleador, así como la ocurrencia de los perjuicios y su cuantificación, de tal suerte que no quede duda del elemento subjetivo de la culpa en la ocurrencia del hecho para generar el pago de perjuicios. Concluyó que no se probó la culpa de la accionada por la omisión del cumplimiento de sus obligaciones de seguridad y salud en el trabajo, contrario sensu, encontró que se demostró que la demandante fue afiliada en salud, pensiones y ARL e incluso la demandada ha hecho seguimiento en salud ocupacional a la trabajadora. Recalcó que en virtud del principio de la carga probatoria, no basta con que las partes enuncien los hechos, sino que deben probarlos, concluyendo que la actora no probó el daño, el hecho culposo y el nexo causal. Aseveró que la demandante tampoco probó los perjuicios materiales, los cuales deben ser ciertos y plenamente probados, conforme con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ. Añadió que no se probó el daño sufrido al núcleo familiar de la accionante.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte actora, presentó recurso de apelación en torno a la existencia de culpa patronal, argumentando que el A quo desconoció la prueba documental aportada, tales como las querellas formuladas por la demandante ante la Oficina de Recursos Humanos y el Ministerio de Trabajo, donde se convocó a la demandada para resolver el acoso laboral, aunado a los múltiples correos electrónicos que dan cuenta de la situación de acoso sufrido por la demandante durante el interregno en el que se presentó la enfermedad laboral. Afirmó que pese a que el A quo argumentó que la enfermedad de la actora se presentó después del lapso descrito en la demanda, lo cierto es que al ver la historia clínica se puede colegir que el padecimiento sí comenzó en ese momento. Señaló que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, los perjuicios pueden ser establecidos por el juez mediante la observancia de la prueba documental que se aporte. Resaltó que aportó el dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por la Junta Regional, porcentaje que al ser analizado con el salario y la expectativa de vida de las mujeres en Colombia, permite deducir el valor del daño emergente y el lucro cesante, recordando que la tasación del perjuicio moral corresponde al operador judicial. Reiteró que sí se allegaron pruebas de la culpa patronal de la accionada, tales como la historia clínica, las querellas, los correos electrónicos, el dictamen de la ARL, el dictamen de la EPS y

de la Junta Regional, los cuales dan fe de que la demandante padece una enfermedad de origen laboral, producida por la situación de acoso laboral a la que se vio sometida por su jefe inmediata. Añadió que se acreditó que la enfermedad se causó en las instalaciones de la empresa demandada, por cuanto según el examen de ingreso, la actora inició a laborar sin padecimiento alguno. Manifestó su inconformidad con lo argumentado por el A quo en torno al trabajo suplementario.

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 parte accionada presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la sentencia de primer grado. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

En virtud de las materias objeto del recurso de apelación formulado, corresponde a esta Corporación establecer si en la ocurrencia de la enfermedad laboral que padece la demandante media culpa patronal. De otro lado, se verificará si hay lugar al reconocimiento y pago del trabajo suplementario solicitado.

CONSIDERACIONES

1) DEL VINCULO LABORAL Y ENFERMEDAD PROFESIONAL

No es materia de controversia que entre la señora JOHANA CAROLINA BECERRA CIFUENTES y la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR -COMPPENSAR, existe un contrato de trabajo desde el 18 de noviembre de 2018, tampoco se enderezó reproche alguno en cuanto a que la causa de la enfermedad denominada «*TRASTORNO DE ANSIEDAD – NO ESPECIFICADA*» es de origen laboral, lo anterior teniendo en cuenta que son aspectos aceptados por la accionada.

DE LA CULPA PATRONAL

Ahora bien, en lo que a la culpa patronal se refiere, es de advertir que cualquier perjuicio ocasionado dentro del contrato de trabajo al trabajador como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad laboral, es susceptible de ser indemnizado por el empleador que lo ocasionó directa o

indirectamente, es decir, por acción o por omisión, pero para que tal indemnización sea procedente es necesario demostrar que el daño se produjo por culpa del empleador.

La culpa patronal se erige como elemento determinante para derivar la responsabilidad subjetiva del patrono que ha incumplido con una de las obligaciones esenciales que emergen de la relación laboral en brindar protección y seguridad a sus trabajadores, conforme lo prevé el art. 56 del C.S.T; concatenada con la obligación especial, que le impone el numeral 2, del art. 57 de la misma obra, consistente en «*procurar a los trabajadores, locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud*»; es así, como la culpa que toma el artículo 216 del CST, para dar cabida a la indemnización plena y ordinaria de perjuicios a cargo del empleador, se equipara a la culpa leve de que trata el artículo 63 del Código Civil, definida como aquella falta de diligencia y cuidado que debe emplear un hombre en sus negocios propios, o inclusive, como la falta de cuidado que ejerce un buen padre de familia.

Amén de lo dicho, la culpa patronal entraña un mínimo de protección que debe estar apegada a las exigencias de la Ley y los reglamentos que propugnan por la adopción de un sistema de prevención de riesgos laborales al interior de la empresa empleadora, lo cual conlleva que el empleador esté obligado a diseñar una matriz de riesgos a través de la cual pueda tener conciencia de las contingencias a las que se ven expuestos sus trabajadores, por lo que se pueden presentar dos situaciones a saber: (i) la primera, que a pesar de tener conocimiento del daño que puede ocasionar el colocar a su trabajador en determinadas circunstancias de riesgo, aun así, confía en poder evitarlo, o (ii) la segunda, cuando ni siquiera ha gestionado un sistema de identificación, medición y prevención de riesgos; a pesar que el mismo es previsible por el conocimiento fáctico del empleador o la experticia con que cuenta para poder hacer o realizar una proyección de los riesgos a que somete al trabajador.

Es por lo anterior, que, para poder detectar la configuración de una culpa patronal, necesariamente conduce a desentrañar los elementos de la responsabilidad civil en la ocurrencia de un siniestro, que contempla todos aquellos elementos básicos de la responsabilidad que acoge el derecho común, siendo estos, fundamentalmente, los siguientes:

(1) Un hecho dañoso imputable al empleador, esto es, un accidente de trabajo o enfermedad laboral;
(2) La culpa patronal antes descrita.
(3) El daño o los perjuicios ocasionados a la víctima; esto es, la incapacidad permanente parcial, invalidez o muerte ocasionada a un trabajador; y
(4) El nexo causal entre el daño y la culpa, supuesto que requiere que el perjuicio sufrido por el trabajador, o su familia, sea el resultado de la culpa del empleador, es decir, que, de haber actuado el empleador con la diligencia y cuidado debidos, no se hubiera ocasionado el siniestro laboral.

Lo anterior denota una característica distintiva de la culpa patronal, y es que el tipo de responsabilidad que de ella se deriva es subjetiva, caso en el cual se puede reclamar la reparación plena de perjuicios. A este respecto, conviene aclarar, que existen dos tipos de reparación de perjuicios ante la ocurrencia de un accidente de trabajo, uno cuya responsabilidad es de tipo subjetivo referente a la responsabilidad del empleador en el acaecimiento del siniestro laboral, en tanto que se deriva de la comprobación de la culpa patronal, evento en el cual, el empleador está obligado a la reparación plena de todos los perjuicios que se prueben en el proceso laboral, esto es, los daños materiales, que comprenden el daño emergente y el lucro cesante, así como los daños inmateriales causados; y otra, cuya responsabilidad es de carácter objetivo, es decir, que basta con que se compruebe la existencia del accidente de trabajo, medie o no la culpa patronal, cuya indemnización es tarifada, es decir, que el valor a reparar está definido por la Ley según el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral o muerte del trabajador, reparación que está a cargo de la administradora de riesgos laborales a la que se encuentre afiliado el trabajador, y no excluye la indemnización plena de perjuicios, es decir, que ambas pueden ser concurrentes, de modo que ambas derivan responsabilidades, fuentes normativas y destinatarios diferentes.

Ahora bien, el punto álgido se suscita principalmente en lo que atañe a la carga de la prueba de la culpa patronal, frente a lo cual, se debe precisar que la jurisprudencia laboral también ha reivindicado una regla jurídica por virtud de la cual, por regla general, es al trabajador a quien le corresponde demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo o la causación de una enfermedad laboral, pero, por excepción, con arreglo a los artículos 167 del CGP y 1604 del CC, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invierte la carga de la prueba, y es el empleador el que asume la obligación de

demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud e integridad de sus trabajadores (CSJ sentencias SL, 10 mar. 2005, rad. 23656, SL, 10 mar. 2005, rad. 23489, y SL, 10 may. 2006, rad. 26126, entre otras).

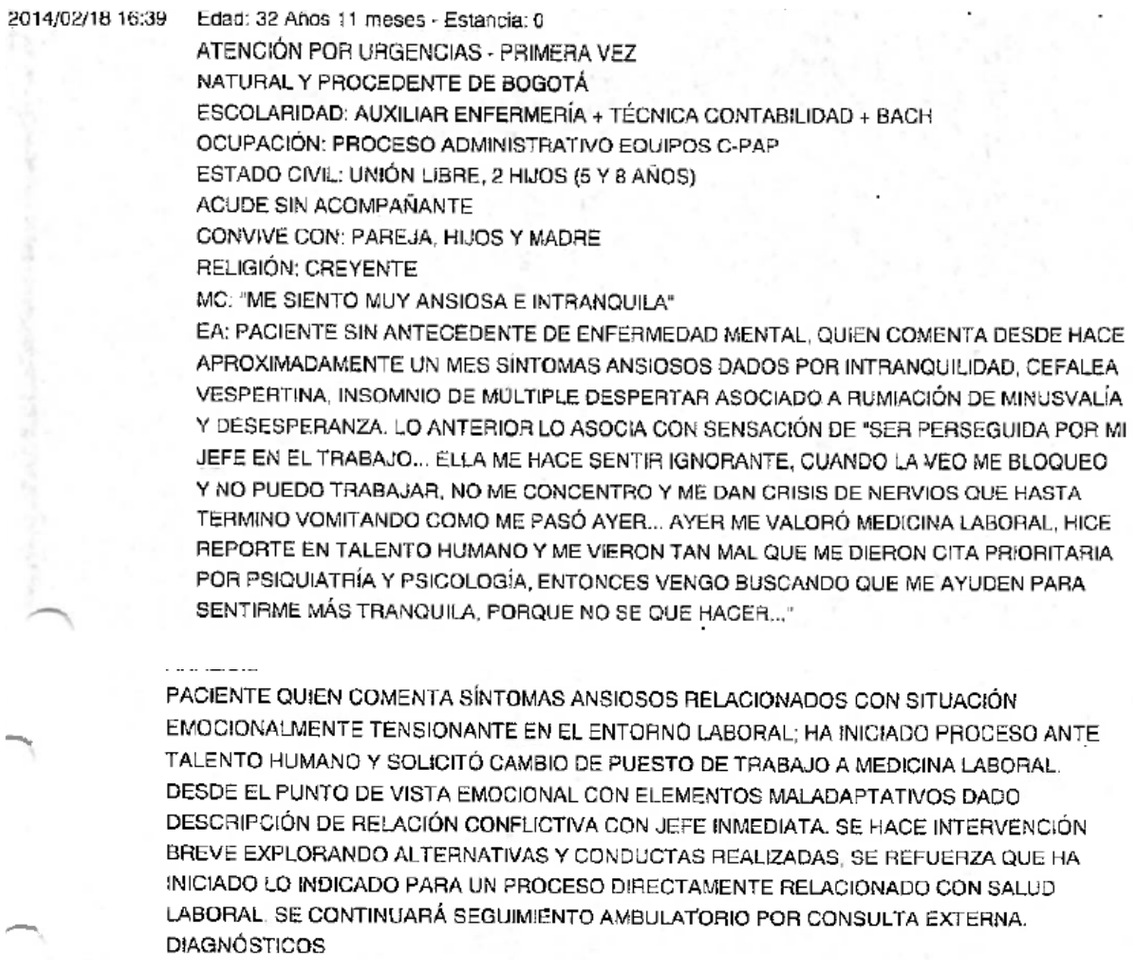
Sin embargo, ello no implica que le baste al trabajador plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria, toda vez que al no tratarse de una responsabilidad objetiva como la que rige en materia de riesgos laborales, para que opere la inversión de la carga de la prueba antes mencionada, primero deben estar demostradas las circunstancias concretas en las que sobrevinieron el accidente o la enfermedad laboral, así como que la causa eficiente del infortunio fue la previsión por parte de la persona encargada de su prevención (CSJ SL7513-2016).

En el presente caso, es evidente que la aquí demandante en su calidad de trabajadora y durante la ejecución del contrato de trabajo sufre una enfermedad de origen laboral o profesional, sin pérdida de capacidad laboral, es decir, se encuentra acreditado el daño sufrido que se concreta en el denominado TRASTORNO DE ANSIEDAD, la cual, según la demandante ocurrió por culpa de su empleador, no obstante en el presente caso, una vez examinada la abundante prueba documental agregada a los autos, no existe prueba del incumplimiento en la diligencia o en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe el empleador a sus trabajadores, toda vez que incluso del interrogatorio de parte la demandante precisa que su empleador una vez identificada la génesis de la patología relacionada con estrés laboral, la reubicó, además que todo el primer período de la enfermedad según se indica en la historia clínica se trató como de origen común, y de otro lado, durante todo el tiempo de evolución, la actora estuvo incapacitada en forma continua, por lo que de dicha consecuencia o secuela, esto es, el daño sufrido, nada tuvo que ver el empleador, sin que pueda aducirse que el estrés sufrido por su labor, haya sido culpa del empleador, pues de ello, solo se cuenta con las afirmaciones que hizo la demandante al momento de las consultas efectuadas, en el dictamen realizado y de lo dicho en el interrogatorio absuelto, pero de las circunstancias por ella alegadas, no se tienen pruebas que apunten a una culpa suficientemente comprobada del empleador, todo lo contrario, está acreditado que el empleador una vez se enteró de la patología, dio un tratamiento especial a la actora, reubicándola en otro puesto de trabajo.

En efecto, las conclusiones preliminares se obtienen de la historia clínica, incapacidades y recomendaciones que fueron presentándose respecto de la actora

(fls. 105 a 200). De allí se evidencia que la primera consulta relacionada con su patología se presentó el 17 de febrero de 2014 manifestando tener *«ESTRÉS LABORAL – NO AGUANTO MAS»* indicando además que se *«SIENTE ACOSADA LABORALMENTE»*.

Seguidamente el 18 de febrero de 2014 en atención por urgencias por primera vez se registró



2014/02/18 16:39 Edad: 32 Años 11 meses - Estancia: 0
ATENCIÓN POR URGENCIAS - PRIMERA VEZ
NATURAL Y PROCEDENTE DE BOGOTÁ
ESCOLARIDAD: AUXILIAR ENFERMERÍA + TÉCNICA CONTABILIDAD + BACH
OCUPACIÓN: PROCESO ADMINISTRATIVO EQUIPOS C-PAP
ESTADO CIVIL: UNIÓN LIBRE, 2 HIJOS (5 Y 8 AÑOS)
ACUDE SIN ACOMPAÑANTE
CONVIVE CON: PAREJA, HIJOS Y MADRE
RELIGIÓN: CREYENTE
MC: "ME SIENTO MUY ANSIOSA E INTRANQUILA"
EA: PACIENTE SIN ANTECEDENTE DE ENFERMEDAD MENTAL, QUIEN COMENTA DESDE HACE APROXIMADAMENTE UN MES SÍNTOMAS ANSIOSOS DADOS POR INTRANQUILIDAD, CEFALEA VESPERTINA, INSOMNIO DE MÚLTIPLE DESPERTAR ASOCIADO A RUMIACIÓN DE MINUSVALÍA Y DESESPERANZA. LO ANTERIOR LO ASOCIA CON SENSACIÓN DE "SER PERSEGUIDA POR MI JEFE EN EL TRABAJO... ÉLLA ME HACE SENTIR IGNORANTE, CUANDO LA VEO ME BLOQUEO Y NO PUEDO TRABAJAR, NO ME CONCENTRO Y ME DAN CRISIS DE NERVIOS QUE HASTA TERMINO VOMITANDO COMO ME PASÓ AYER... AYER ME VALORÓ MEDICINA LABORAL, HICE REPORTE EN TALENTO HUMANO Y ME VIERON TAN MAL QUE ME DIERON CITA PRIORITARIA POR PSIQUIATRÍA Y PSICOLOGÍA, ENTONCES VENGO BUSCANDO QUE ME AYUDEN PARA SENTIRME MÁS TRANQUILA, PORQUE NO SE QUE HACER..."

PACIENTE QUIEN COMENTA SÍNTOMAS ANSIOSOS RELACIONADOS CON SITUACIÓN EMOCIONALMENTE TENSIONANTE EN EL ENTORNO LABORAL; HA INICIADO PROCESO ANTE TALENTO HUMANO Y SOLICITÓ CAMBIO DE PUESTO DE TRABAJO A MEDICINA LABORAL. DESDE EL PUNTO DE VISTA EMOCIONAL CON ELEMENTOS MALADAPTATIVOS DADO DESCRIPCIÓN DE RELACIÓN CONFLICTIVA CON JEFE INMEDIATA. SE HACE INTERVENCIÓN BREVE EXPLORANDO ALTERNATIVAS Y CONDUCTAS REALIZADAS, SE REFUERZA QUE HA INICIADO LO INDICADO PARA UN PROCESO DIRECTAMENTE RELACIONADO CON SALUD LABORAL. SE CONTINUARÁ SEGUIMIENTO AMBULATORIO POR CONSULTA EXTERNA.
DIAGNÓSTICOS

Posteriormente, el 26 de febrero de 2014 en consulta de consulta de control o de seguimiento se indicó:

2014/02/26 14:34 TRASTORNO DE ADAPTACION CON ANIMO ANSIOSO Y TRISTE
PACIENTE QUIEN CONSULTO A URGENCIAS HACE UNA SEMANA
REPORTA QUE NO DUEMRE , QUE LE DAN PESADILLAS , QUE SU "JEFE LA TRATA MAL "
"QUE LA GRITA", QUE YA NO AGUANTA EL NIVEL DE ANSIEDAD, " MI JEFE ME ENVIA CORREOS", YA NO SE QUE HACER YOLA VEO Y " ME DESESPERO "
TIENE TEMOR A PERDER SU TRABAJO, REPORTA QUE " YA NO SABE QUE HACER "
"ME HAN DADO GANAS HASTA DE MATARME", NO COMO , NO DUERMO
ANTECEDENTES
NO REPORTA ANTECEDENTES DE IMPORTAN CIA
NO REPORTA CONSUMO DE MEDICAMENTOS O PSICOFARMACOS
SE DECRIBE COMO UNA PERSONA COLABORADORA, REPONSABLE
AL EXAMEN MENTAL
PACIENTE ALERTA, COLABORADORA, AFECTO DE TONO ANNSIOSO Y TRISTE COGNICIONES ANISOSAS, NO ES EIVDENTE ACTIVADAD PSICOTICA, SIN IDEACION SUICIDA, JUICIO CONSERVADO
A. PACIENTE DESCRIBE ESTRESOR CRONICO RELACIONADO CON SU TRABAJO , CON SINTOMAS ANSIOSOS Y DEPRESIVOS.
SE RECOMIENDA VALORACION POR SALUD OCUPACIONAL Y DE MEDICINA LABORAL
SE RECOMIENDA CAMBIO DE AMBIENTE DE TRABAJO .

En consulta por primera vez por sicología se describió:

ANTECEDENTES
2014/02/26 13:03 PACIENTE DE 32 AÑOS QUE TRABAJA EN COMPENSAR CON CARGO SIGNIFICATIVO EN RESPONSABILIDAD EN LA EMPRESA. PRESENTA SITUACIONES DE DIFICULTAD CON JEFATURA EN DONDE IDENTIFICA IRRESPETO, AGRESION VERBAL LO QUE HA PROPICIADO ESTADOS DE PRESIVOS Y DE ANSIEDAD, ANGUSTIA, REFIERE POSIBLE ACOSO LABORAL. RECONOCE QUE HA GENERADO ERRORES EN EL SISTEMA LABORAL PERO ASOCIA A LOS ALTOS NIVELES DE ESTRES.
PS. CAROLINA VANEGAS CARDENAS 100634

PSICOLOGICA
INFORMACION FAMILIAR
2014/02/26 13:15 CONVIVE CON ESPOSO, DOS HIJOS DE 5 Y 8 AÑOS Y MADRE DE 65 AÑOS DE EDAD. SE RECONOCE COMO CABEZA DE FAMILIA POR SITUACION SOCIOECONOMICA DE DIFICULTAD.
2014/02/26 13:29 PERMANECE LA MAYOR PARTE DEL TIEMPO EN FUNCION DEL TRABAJO LO QUE HA PROPICIADO ANSIEDAD POR EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES. RECONOCE QUE A NIVEL FAMILIAR RECIBE APOYO PERO QUE PREFIERE NO MANIFESTAR SUS ANGUSTIAS PARA NO GENERAR PRESIONES A SU FAMILIA. HAN LLAMADO LA ATENCION POR SU ESTADO DE SALUD.
ESCOLARIDAD: TECNICA. OCUPACION: CARGO ADMINISTRATIVO EN COMPENSAR.
PS. CAROLINA VANEGAS CARDENAS 100634

OLOGICA
HALLAZGOS PERTINENTES
2014/02/26 13:08 PACIENTE QUE PRESENTA ESTADO DEPRESIVO, ANSIEDAD, LLANTO RECURRENTE, ALTO GRADO DE ESTRES, ALTERACION EN ESTADO DE SALUD FISICA, PERDIDA DE APETITO, ALTERACION DEL SUEÑO, TEMORES NOCTURNOS, IDEAS IRRACIONALES DE PERSECUCION. DOLORES DE CABEZA, VOMITOS.
PS. CAROLINA VANEGAS CARDENAS 100634

De igual manera, en sesión de psicoterapia individual por psicología manifestó:

NIVELES DE INTERVENCION
2014/03/21 16:27 PACIENTE QUE INGRESA A SESIÓN INDIVIDUAL, DONDE SE AMPLIA INFORMACIÓN SOBRE EL MOTIVO DE CONSULTA; SE PERMITE EXPRESIÓN EMOCIONAL, REFIERE "SIENTO MUCHO DOLOR..YA ME HICIERÓN REUBICACIÓN DE CARGO PERO CADA VEZ QUE VEO UNA PERSON, PARECIDA O SE ME VAN AACERCAR O A DECIR ALGO ME DA TEMOR, ME ANGUSTIÓ, A VECES ME DA TRISTEZA".

Seguidamente en consulta de control o seguimiento el 31 de marzo de 2014, se registró:

2014/03/31 16:04 Edad: 33 Años - Estancia: 0
CONTROL PSIQUIATRIA
IDX: TRASTORNO DEPRESIVO MAYOR EPISODIO MODERADO
S/ ASISTE SOLA, CONSULTO POR URGENCIAS DONDE DIERON DIAGNOSTICO DE TRASTORNO DE LA ADAPTACION E INICIARON TRAZODONA.
DESCRIBE PERSISTENCIA DE SINTOMAS A PESÁR DE REUBICACION LABORAL, TRISTEZA, IRRITABILIDAD, FALTA DE CONCENTRACION, IDEAS DE MINUSVALIA, DESESPERANZA, IDEACION SUICIDA OCASIONAL.
LOS SINTOMAS HAN TENIDO REPERCUSION EN SU FUNCIONALIDAD.
PERSISTE CON INSOMNIO DE DESPERTAR TEMPRANO.
O/ PORTE CUIDADO, COLABORADORA. ALERTA, ORIENTADA. EUPROSEXICA. PENSAMIENTO CON IDEAS DE MINUSVALIA Y CULPA, NO IDEACION SUICIDA ACTIVA. NO ALUCINACIONES. AFECTO CONSTREÑIDO TRISTE. NORMOQUINETICA. HIPOBULICA. JUICIO DE REALIDAD CONSERVADO.
A/ PACIENTE CON SINTOMAS DEL ESPECTRO DEPRESIVO QUE EL DIA DE HOY CONFIGURAN UN TRASTORNO DEPRESIVO MAYOR, POR LO QUE REQUIERE INTERVENCION Y SEGUIMIENT
P/ CONTINUAR PSICOTERAPIA
INICIO SERTRALINA 50 MG 1-0-0
CONTINUAR TRAZODONA 50 MG 0-0-2
DOY INCAPACIDAD MEDICA POR 5 DIAS A PARTIR DE MAÑANA, FORMATO NO. 26637
CONTROL PRIORITARIO EN 15 DIAS.
QUIJANO.

Después, el 07 de abril de 2014 estando incapacitada y con reubicación laboral manifestó:

2014/04/07 15:36 Edad: 33 Años - Estancia: 0
CONTROL PSIQUIATRIA
IDX: TRASTORNO DEPRESIVO MAYOR EPISODIO GRAVE SIN PSICOSIS
S/ ASISTE SOLA. REFIERE QUE HA PERSISTIDO ANSIOSA DURANTE LA INCAPACIDAD, MAL PATRON DE SUEÑO, POR LO QUE ESTA MAÑANA CONSIDERO "ACABAR CON TODO" Y EMPEZ TOMAR SERTRALINA, TOMO 3 Y SE DETUVO PARA ESPERAR ESTA CITA.
PERSISTE CON IDEAS DE MINUSVALIA, DESESPERANZA, IDEACION SUICIDA POCO ESTRUCTURADA, ANSIEDAD MODERADA.
COMO ESTRESORES MANIFIESTA SU TRABAJO, A PESAR DE LA REUBICACION LABORAL.

2014/04/08 09:40 PACIENTE REMITIDA DE LA CONSULTA EXTERNA DE PSIQUIATRIA POR PERSISTENCIA DE SINTOMATOLOGIA ANSIOSA, IDEAS DE MINUSVALIA, DESESPERANZA Y ALTERACION DEL SUEÑO, ASOCIADO A IDEACION SUICIDA ESTRUCTURADA, IDENTIFICA COMO ESTRESOR ENTORNO LABORAL A PESAR DE REUBICACION RECIENTE.

SUBJETIVO: PACIENTE REFIERE INSOMNIO DE MULTIPLES DESPERTARES, COME BIEN, ENFERMERIA NO INFORMA DIFICULTADES EN EL MANEJO DESDE SU INGRESO, REFIERE EN RELACION A HOSPITALIZACION "LLEGUE PORQUE HE VENIDO EN ACOSO LABORAL, ESO ME PRODUJO ANSIEDAD, DEPRESION, NO SE QUE PASA YA ME HICIERON REUBICACION Y SIGO MAL, AYER INTENTE TOMARME UNAS PASTILLAS PERO PREFERI ESPERAR A QUE ME VIERA EL MEDICO"

Así mismo, da cuenta la historia clínica que la actora estuvo hospitalizada y posteriormente, después de varias incapacidades se reintegró indicando el 01 de enero de 2015 que:

PACIENTE AL MOMENTO MAS ESTABLE EN TRABAJO TRANQUILA MODULADA, PERRO A VECES PRESENTA ANSIEDAD LLORADERA DE FORMA ESPORADIUCA QUE NO CONTROLA LA MEDICACION
OBJETIVO

Precisándose que el 09 de marzo de 2015 fue incapacitada nuevamente por 15 días, por haberse suspendido medicación y reanudación de síntomas de su patología, en esa fecha quedó consignado en la historia clínica lo siguiente:

PSIQUIATRÍA, REFIERE COMO MOTIVO DE CONSULTA: " VENGO DE UN CASO DE ACOSO LABOR AL EN LA EMPRESA...ESO ME HA GENERADO DEPRESIÓN...ESTUVE HOSPITALIZADA ACÁ EN LA CLÍNICA LA PAZ...TAMBIÉN EN CLÍNICA DÍA..."
"HASTA HACE POCO ME ADAPTÉ A MI NUEVO SITIO DE TRABAJO..."
"ME QUEDA LEJÍSIMOS DE LA CASA..."
"LA EMPRESA GENERA ESTRÉS..."
"ACEPTO QUE LOS NUEVOS JEFES SON MUY QUERIDOS CONMIGO, PERO LA EMPRESA HACE QUE UNO SE DIRIJA A MINISTERIO DE TRABAJO..."
SEGÚN INFORMA, LA PROBLEMÁTICAS SE HA VENIDO PRESENTANDO HACE DOS AÑOS.
NIEGA ANTECEDENTES FAMILIARES DE ENFERMEDAD MENTAL.

Por otro lado, señaló el 13 de abril de 2015:

COMENTA "DESDE EL AÑO PASADO TUVE ACOSO LABORAL CON VULGARIDADES, YA ME REUBICARON PERO CUANDO VOLVI NO ME CREYERON QUE ESTABA MAL, AHORA VOLVI A TENER PROBLEMAS EN LA NUEVA AREA, NO ME ESTAN TRATANDO MAL PERO NO CONSIDERAN QUE LO QUE ME PASO FUE ACOSO LABORAL... OTRA VEZ ME PONEN MUCHA CARGA LABORAL... ESO ME DA MUCHA TRISTEZA Y LLORO MUCHO"

Se resalta igualmente lo siguiente:

2015/05/12 15:37

PACIENTE QUE ASISTE A SESIÓN DE PSICOTERAPIA, REPORTA COMO DATO RELEVANTE:
" ESTUVE 30 DÍAS INCAPACITADA...VOLVÍ A MI TRABAJO (COMPENSAR)...EN EL ÁREA DE QUEJAS...GESTIONO ESTO,...LA IDEA NO ES QUE SE ACUMULEN...DEBO MANEJAR MI ESTRÉS...HAY COSAS QUE NO PUEDO HACER, NO ME PUEDO COMPROMETER MI JEFE DIJO QUE NO VA A CONTRATAR A ALGUIEN PARA QUE HAGA MI TRABAJO, DICE QUE DEBO HACER GESTIÓN...ME SIENTO PRESIONADA..."
"AYER ME REUNÍ CON DOS JEFES...ME RECLAMARON LA RAZÓN POR LA CUAL ENVIÉ UN CORREO A OTROS JEFES..."
"ME HE SENTIDO MUY DEPRIMIDA, ANSIOSA, PRESIONADA...LLORO A SOLAS..."
"MIS HIJOS SON MI SOPORTE..."
JOHANA CAROLINA INFORMA "NO HAY PLAN DE CONTINGENCIA CUANDO UN COLABORADOR SE AUSENTA...".
"CUANDO ESTUVE INCAPACITADA DIJERON QUE HABÍAN CUBIERTO MI FUNCIÓN, PERO NO FUE ASÍ PORQUE TODO ESTABA ATRASADO..."
"NO ESTOY EN BUSCA DE PLATA...QUIERO ESTABILIDAD LABORAL..."
"POR OTRO LADO HE NOTADO A MI ESPOSO DEPRIMIDO..."
"DESAFORTUNADAMENTE HE TENIDO INCONVENIENTES CON EL POR MI ESTRÉS..."
"QUIERO QUE ME TRASLADEN...NO ME SIENTO COMODA AHI...ME MOLESTA QUE ME PRESIONEN..."
"ALLÁ NO PUEDEN DECIR QUE SOY MALA TRABAJADORA...NECESITO QUE ME DEJEN TRABAJAR TRANQUILA..."
"TODO LO REPORTO POR CORREO..."
"EL MINISTERIO DE TRABAJO NO ME HA DADO RESPUESTA DESDE SEPTIEMBRE DE 2014...YA HE RADICADO DOS CARTAS..."
JOHANA DICE TENER SESIÓN POR PSIQUIATRÍA EL DÍA DE MAÑANA.
DICE ESTAR JUICIOSA CON SU TRATAMIENTO PSICOFARMACOLÓGICO.
JOHANA CAROLINA COMENTA: " ANDO MUY ANSIOSA...NO ESTOY DURMIENDO BIEN..."
JOHANA REPORTA INAPETENCIA.

Ahora bien, se evidencia de los anteriores extractos de la historia clínica que los hechos desencadenantes de sus trastorno de ansiedad, ocurrieron con ocasión de las desavenencias con su jefe inmediata Leonora Cerdas Gómez, empero, la empleadora consintiendo la solicitud de la demandante y las recomendaciones laborales dadas, la reubicó en otra sede (Kennedy), es decir, tomó los correctivos del caso y como bien lo indica la demandante también su caso se sometió al comité de convivencia encontrándose que tales inconvenientes laborales no eran conductas de acoso laboral, aspecto este que por no ser objeto del presente proceso se abstiene la sala de emitir pronunciamiento alguno.

Como se dijo previamente, la demandante en su interrogatorio de parte admitió que sí fue reubicada en la empresa, que además dio aviso a Talento Humano del presunto acoso que estaba sufriendo por parte de su jefe, Leonora Cerdas, y si bien manifestó que esta le profería malos tratos con palabras soeces, lo cierto es que el plenario no tiene pruebas que así lo ratifiquen, incluso lo dicho en torno a que cuando la reubicaran en Kennedy no se tuvieron en cuenta las recomendaciones médicas. También admitió la actora que conoció el programa de Riesgo Psicosocial de Compensar, aunque no en su totalidad; que en el momento en el que fue reintegrada diligenció una encuesta pero no sabe si fue la Psicosocial; que mientras trabajó con la señora Leonor Cerda, en algunos momentos de forma esporádica se acercaba personal para hacer pausas activas, aclarando que en la actualidad sí se están acercando.

Con relación a la impresión de los correos electrónicos cruzados aparentemente con la señora Cerdas, que obran de folios 45 a 60 y 62 a 67, entre los meses de enero y febrero de 2014, debe decir la sala frente a este particular aspecto que los mismos carecen de valor probatorio, en tanto y en cuanto, no es posible establecer su autenticidad, si en efecto las cuentas de correo electrónico corresponden a dicha señora, desde luego que carecen de firmas que permitan establecer la condición de documento auténtico. Frente a ello, no puede perderse de vista que tales documentos como fueron presentados se rigen por las reglas de los documentos auténticos en los términos del artículo 244 del CGP, que enseña que, *«Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento»*.

En tal sentido, carecen de valor probatorio tales documentos que pretende la parte recurrente sean valorados en aras de concluir la presunta culpa patronal. Ello

sumado que, tampoco se cumple con los protocolos establecidos en el artículo 7º de la Ley 527 de 1999.

Sobre este particular, la Sala de Casación Laboral, entre otras muchas, en las sentencias CSJ SL, 18 ag. 2010, rad.36672 y SL, 3 may. 2018, rad. 43302, SL3935-2020 y SL464-2020, ha señalado:

> *«[…] que si bien es cierto la Ley 527 de 1999 reconoce a los mensajes de datos admisibilidad como medio de prueba, así como fuerza demostrativa, y que la jurisprudencia ha admitido que el documento electrónico "es equivalente al documento escrito"- sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 7 de febrero de 2008, rad. Nº 2001-06915-01, también lo es que para que pueda ser tenido como medio calificado para efectos de la casación del trabajo, se debe tener certeza sobre su autenticidad con el cumplimiento de los protocolos establecidos en la misma Ley consistentes en la prueba técnica que avale o certifique su proveniencia y permita identificar al iniciador, o la aceptación de este sobre la autoría del documento y su contenido como lo prevé el artículo 7º de la Ley 527 en comento.*
>
> *En este orden, debe reiterarse, que, para poder tener los correos electrónicos como prueba hábil en casación laboral, necesariamente se requiere determinar quién fue el iniciador del mensaje, salvo que este haya sido aceptado por su autor, tal y como lo prevé el artículo 7º de la L.527/99, que dispone:*
>
> ***Así las cosas, por el solo hecho de no haber sido tachado como falso el correo electrónico, no conduce a una aceptación tácita del mismo, y por ende, poder inferir su autenticidad; debiendo hacerse notar, que el documento corresponde a una fotocopia en parte ilegible, que carece de firmas.***
>
> *Conforme a lo anterior, al no estar debidamente demostrada la autoría e iniciador del mencionado correo, por cuanto no fue expresamente aceptada por la parte contra quien se opuso, no puede tener valor probatorio […]»* (Negrillas y subrayas ajenas al texto original).

En la sentencia CSJ SL 30 jul. 2014, rad. 58944, se expuso:

> *«Aunado a lo anterior, tampoco se evidencia la firma digital de su autor: al respecto vale precisar que ante la imposibilidad de que el documento electrónico contenga una firma manuscrita que facilite la certeza que debe tener el juzgador respecto de la persona a quien se atribuye la autoría del mismo, se creó la denominada firma electrónica, que debe cumplir determinados requisitos de seguridad y de confiabilidad y, ante la ausencia de la misma, el documento carece de autenticidad, entendida como la certeza que debe tener el juzgador respecto de la persona a quien se le atribuye la autoría del documento.*
>
> *Así las cosas, se concluye que en el sub lite, no se cumple con los requisitos referidos en precedencia e cuanto a la manera como se generó, archivó y o comunicó el mensaje, y menos aún respecto de la autoría del mismo […]».*

Conforme a lo expuesto, para la Sala, de los documentos aportados no existe certeza sobre la integridad de la información contenida, la forma en la que se generó, ni su autenticidad, ni la existencia de la cuenta de correo, para quién fue creada y habilitada, elementos indispensables, para que de un mensaje de datos se pueda derivar algún valor probatorio, de conformidad con lo previsto en el artículo

11 de la Ley 527 de 1999, y que en la actualidad, con el CGP, dichas reglas se mantienen, con la expresa mención que el legislador procesal hizo en el inciso 1º del artículo 247, sobre la valoración de los mensajes de datos, cuando son aportados en el mismo formato o en uno que lo reproduzca con exactitud, lo cual conduce a que deban apreciarse conforme a las especificidades de la citada Ley 527; y tal como lo explicó recientemente el Alto Tribunal, *«si se le diera el tratamiento como cualquier documento impreso, que en la actualidad encuentra su regulación en el inciso 2º del artículo 247 del CGP, que como quedó explicado por la Corte Constitucional en sentencia C-604 de 2016, en dicho evento «[n]o se está en presencia de un mensaje de datos propiamente dicho, […] sino de una copia de su contenido y, por ende, de un documento ordinario de papel que el legislador, para su valoración, sujeta a las reglas generales de los documentos»* y como se explicó, no existe medio de convicción que permita establecer que en efecto fue creado por la persona allí mencionada, máxime cuando corresponde a un tercero ajeno al presente proceso.

Ahora bien, aunque esta Sala de decisión ha venido sosteniendo que, cuando no son desconocidos por la parte contraria, y tal prueba no es aportada conforme a las previsiones de la Ley 527 de 1999, deben ser valorados de forma conjunta con los demás medios de prueba, pues no pueden dárseles un valor probatorio absoluto, sin embargo, en este caso, no existen otros medios de convicción que permitan darles una valoración integrada.

Pero si en gracia de discusión, se analizara lo allí contenido y lo denunciado por la actora, esto es, que fue sometida a jornadas de trabajo prolongadas, alto estrés laboral, dificultades en su relación su jefa inmediata, hostigamiento verbal, situaciones de acoso laboral, lo cierto es que de allí no pueden establecerse tales situaciones o por defecto se evidencian descontextualizadas como en el documento visible a folio 44:

Por los demás, obedecen a llamados de atención frente a la forma y cantidad de trabajo no acordes con las instrucciones dadas, o incluso organización del trabajo, que en todo caso fueron puestas en conocimiento del empleador y como ya se dijo este reubicó a la trabajadora, pero como también se pudo ver, tal reubicación no fue del agrado de la demandante, pero por aspectos de orden subjetivo.

Así las cosas, del análisis en conjunto de los medios probatorios bajo el prisma de la sana critica que establece el artículo 61 del CPT y SS, considera la Sala que en este caso la parte actora no acreditó suficientemente la culpa del empleador en los términos del artículo 216 del CST en concordancia con el artículo 167 del CGP, limitándose a indicar que el empleador incumplió con sus deberes, pero sin demostrarlo, en aspecto de trascendental importancia que era de su resorte o carga probatoria, por lo que, también bajo este prisma de estudio, ha de asumir las consecuencias de la falta de la prueba y por ende se debe confirmar la decisión de primer grado en este puntual aspecto.

De igual modo ocurre con el tiempo suplementario solicitado por la parte actora, pues es bien sabido que la honorable CSJ – Sala de Casación Laboral ha adoctrinado que atendiendo la carga de la prueba que se encuentra regulada en el artículo 167 del C.G.P., le corresponde a la parte demandante el demostrar su dicho, tan es así que en reiteradas providencias siendo una de ellas la de radicación No. 42167 de 2012 se precisó:

> *«[…] recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del*

> *contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo,* ***no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros»*** **(se subraya)»**

Sumado a lo anterior, la Alta Corporación con ocasión al tema de trabajo suplementario en sentencia SL 2148 de 2018, que trajo a colación la sentencia con radicación No. 27064 de 2006 ha enfatizado que, «*la prueba del tiempo suplementario debe ser fehaciente, de forma tal que permita generar certeza de los horarios y días en que se ejecutó, no siendo dable obtenerla de meras especulaciones surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o suposiciones efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo».*

En este sentido, resulta diáfano, que en tratándose de horas extras la carga de la prueba está a cargo del trabajador, pero que ésta debe ser concreta y específica de manera que permita determinar la época y duración de la jornada en la que realmente se prestó el servicio.

Lo anterior, obedece a que el trabajador que busca una condena en cuanto a la referida retribución ha de generar en el Juez el firme convencimiento de que el trabajo suplementario efectivamente se ha producido; la mencionada Corporación pretéritamente, en sentencia del 15 de julio de 2008, Rad. 31637, advirtió que para que se condene por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de verificarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión ya que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones teóricas basadas en meras especulaciones o conjeturas para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.

Al respecto, se observa que la demandante no cumplió con la carga probatoria a la que se ha hechos alusión, pues no acreditó de manera certera cual fue el horario en que laboró o en el cual causó las horas extras pedidas, si trabajó durante días festivos o dominicales y mucho menos si el horario se extendió más allá de la jornada legal. En tal sentido, la Sala de Decisión concluye que en el juicio no existe prueba de la ejecución de trabajo suplementario por parte de la apelante conforme

lo establece el artículo 167 del CGP, razones por las cuales habrá confirmase lo decidido en primera instancia.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por no haberse causado.

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,

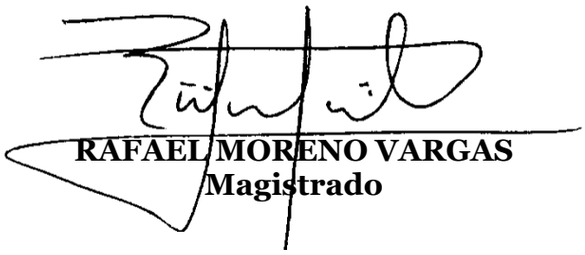
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de acuerdo a las consideraciones vertidas en precedencia.

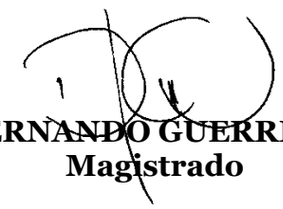
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

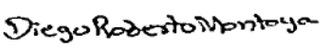
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JOSÉ MARIA DUSSÁN CHIMBACO contra SISTEMAS DE INFORMACION S.A. SIESA Rad. 110013105-031-2020-00422-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, 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 respecto a la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 15 de julio de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **JOSÉ MARIA DUSSÁN CHIMBACO** a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia, con la finalidad que se declare que existió contrato laboral con SISTEMAS DE INFORMACION EMPRESARIAL S.A -SIESA, fungiendo como gerente de la sucursal Bogotá. Se declare que ésta omitió realizar cotizaciones por concepto de seguridad social en salud, pensión y parafiscales en el porcentaje exacto y total de las comisiones en los períodos comprendidos entre el 01 de mayo de 2000 y el 31 de diciembre de 2005; en consecuencia, se ordene su pago en una suma de $36.137.225, estableciendo que el valor depositado fue el básico excluyendo las comisiones. Que se condene a SIESA, al pago de multas por la evasión y elusión de aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión. y parafiscales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que desde el año 2000 se vinculó laboralmente con la sociedad SISTEMAS DE INFORMACION EMPRESARIAL S.A. SIESA, indicó que en vigencia de la ejecución del contrato desde el 01 de mayo de 2000 y el 31 de diciembre de 2005, la sociedad SIESA realizó aportes al Sistema de

Seguridad Social en Salud, Pensiones y Parafiscales, en suma, inferior a la realmente obtenida. Manifestó que la terminación del contrato laboral se dio de común acuerdo el día 20 de marzo de 2018. Añadió que, a la fecha de la presentación de la demanda, a pesar de haber exigido a la sociedad SISTEMAS DE INFORMACION EMPRESARIAL S.A. SIESA corregir dicha omisión bastante significativa, se negó a hacerlo (Expediente digital: *001. Generacion de Demanda.pdf* y *004. subsana escr de demanda.pdf*).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A través de apoderado judicial, la sociedad SIESA, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, señalando para tal fin, que lo solicitado en el proceso ya fue transado con anterioridad, haciendo tránsito a cosa juzgada, por ende, no es viable acudir a la vía judicial, con el fin de obtener unos emolumentos sin fundamento alguno. Ello teniendo en cuenta el Acta de Conciliación 656 del 07 de octubre de 2015, debidamente suscrita por las partes, que fue de total conocimiento del demandante, haciendo tránsito a cosa juzgada, donde se precisó que «*JOSE MARA DUSSÁN CHIMBACO, deja constancia de que está de acuerdo con los ajustes a pensión y salud aplicados desde enero del año 2006 hasta diciembre del año 2014 según el cuadro anexo. De igual forma confirma que está de acuerdo con todos los descuentos. deducciones o retenciones que te realizaron de sus salarios, prestaciones sociales y demás derechos que le correspondían y estaban expresamente autorizados por el mismo, conforme a derecho, se ajustaron íntegramente a la Ley y de nuevo ratifica su conformidad con ellas […]*» que, en la misma se especificó que *«El inspector aprueba la anterior conciliación por no vulnerar derechos ciertos e indiscutibles al TRABAJADOR. se advierte pile ella hace transido a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. conforme a los articulas 78 del 66 de la Ley 446 de 1990 y 22 de la Ley 640 del 2001»*. Propuso como excepciones de mérito las de «falta de título y causa del demandante», «cosa juzgada», «inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido», «enriquecimiento sin causa del demandante», «buena fe», «prescripción», «pago y compensación» y «genérica o innominada» (Expediente digital: 009. 2020-422 Subsanación Contestación.pdf. fls. 04 a 10).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 15 de julio de 2021 declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante en calidad de trabajador y SISTEMAS DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL S.A. SIESA en calidad de empleador, por el periodo comprendido entre 01 de año de 2000 al 31 de marzo de

2018. Absolvió de la totalidad de las pretensiones incoadas y condenó al pago de costas a la parte actora.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró que estaba probada la relación laboral entre las partes conforme a las pruebas documentales, del reporte de semanas cotizadas expedida por COLPENSIONES, a partir del 01 de mayo de 2000 hasta el 31 de mayo de 2018, por lo que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el accionante en calidad de trabajador y la accionada SISTEMAS DE INFORMACIÓN EMPRESARIAL S.A. en calidad de empleador por el periodo comprendido entre el 01 de mayo del año 2000 al 31 de marzo de 2018. Mencionó en lo referente al salario, que tanto la jurisprudencia como el CST han especificado lo que comprende el salario propiamente dicho, por lo que consideró que las comisiones en efecto hacen parte del salario. Aclaró que frente al documento donde aparece una tabla con un manuscrito en lapicero que indica comisiones, señaló que no es posible determinar quién elaboró el documento, pues no existe firma de contador público alguno que acredite que corresponde a sumas de dinero devengadas por el demandante, en consecuencia, este documento no tenía valor probatorio. De otro lado, añadió que en el interrogatorio absuelto por el representante legal de la demandada éste mismo especificó que adicional al salario básico contratado, no existieron bonificaciones trimestrales, sólo tenía un salario básico y unas bonificaciones mensuales, por lo que estimó que de lo confesado por el representante legal, se concluía la elusión en el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social, precisó que detallada la documental aportada por la misma parte demandante, en requerimiento realizado por el Despacho, el salario base de cotización del demandante fue considerablemente alto para la época, año 2000, advirtiendo que fue variable para las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social y muy superior al salario mínimo legal vigente, adicionalmente, expuso que en Acta de Conciliación realizada entre las partes de fecha 07 de octubre de 2015 se dejó constancia que el empleador efectuó la reliquidación de aportes a COLPENSIONES, de lo cual argumentó que es claro que si se hubiese probado que se le adeuda suma alguna por concepto de aportes de Seguridad Social Integral se estaría en presencia de un derecho cierto e indiscutible sobre el cual no habría lugar a conciliación. Por último, mencionó que no encontró probadas las sumas de dinero que le son adeudadas al demandante, reiterando que el salario base de cotización reportado es muy superior al salario mínimo legal vigente, por lo que absolvió a la accionada de las pretensiones alegadas.

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 guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer si hay lugar a reajustar los salarios base de cotización del demandante.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico planteado, es menester precisar que no es materia de reparo en el proceso, la existencia de la relación laboral entre las partes, pues así lo aceptó la accionada al contestar la demanda, de modo que, se hace innecesario realizar manifestación alguna al respecto.

Definido lo anterior, se procede a resolver el problema jurídico, advirtiendo que se circunscribe, interpretando con esfuerzo la demanda formulada, que vale decir no es un modelo a seguir, a determinar si hay lugar a la prosperidad de la reliquidación de los pagos a seguridad social, salud, pensiones y parafiscales, para lo cual, debe advertirse que revisado el libelo introductor ello se sustenta en el hecho de que no fueron tenidas en cuenta las comisiones percibidas por el actor en vigencia de la relación laboral. Sin embargo, también se advierte que en los supuestos fácticos no explicó la forma de causación ni cómo se estimaban estas según los términos contractuales, circunstancia que tampoco quedó clarificada al contestar la demanda, pues al efecto, se aceptó que percibió un salario básico más otros emolumentos, indicando que se le consignaron los aportes a seguridad social conforme a lo que constituía salario para el trabajador y que, además, celebró conciliación donde se pactó el pago, entre otros, de tales emolumentos.

Ahora bien, la parte actora acompañó con la demanda y con el ánimo de demostrar la causación de las comisiones que echa de menos en el pago de aportes, el aporte de un listado del cual no se observa quien lo suscribió ni de donde proviene, por lo que, no es posible tenerlo en cuenta para los efectos aquí perseguidos. Adicional a ello, se evidencia conforme a al documento aportado por la accionada en el archivo *«013. DOCUMENTOS Proceso ORDINARIO de JOSE MARIA DUSSAN contra SIESA S.A*

RAD.pdf», la existencia de algunas planillas de pago de los años 200 a 2005, donde se observan que además del salario el actor percibía otros emolumentos, inclusive, se percibía salario integral al menos entre el año 200 y 2003; de modo que, contrastadas con la historia laboral agregada a los autos se verifica que la base de cotización siempre fue muy superior al salario mínimo para esas anualidades, reportándose incluso salarios superiores en algunos meses a los señalados en los desprendibles de nómina.

Tal comparación, permite demostrar que al demandante si efectivamente le fue pagado, adicional al salario básico establecido, un pago por concepto de comisiones, el cual fluctuó en relación con cada uno de los meses objeto de estudio, sumado a que se reportaron pagos por encima de los valores indicados en cada una de las nóminas de pago.

La situación anterior, permite asignarle inicialmente razón a la parte demandante, pues con dichos pagos se demostró el pago de comisiones, sin embargo, tal como se determinó en la decisión de primer grado, ésa situación *per se* no da lugar al reconocimiento del reajuste solicitado, pues no se demuestra con precisión cuales son las comisiones no incluidas en el ingreso base de cotización. En tal medida, como la parte actora interesada en la prosperidad de las pretensiones, tenía la obligación probatoria de demostrar sus afirmaciones conforme al artículo 167 del CGP, sin lograr acreditar para el efecto pretendido cuál fue el mecanismo utilizado o pactado por las partes para calcular las comisiones aludidas, así como tampoco precisó sobre qué conceptos o en virtud de qué actuación o labor se causaba su pago, aspectos necesarios para determinar la prosperidad del reajuste invocado por concepto de aportes a seguridad social. En consecuencia, ante la imposibilidad de determinar dichos aspectos y sin que haya lugar, por sustracción de materia, a estudiar lo relativo a la cosa juzgada en virtud de la conciliación que celebraron las partes, se impone la absolución de la entidad demandada, tal como se consideró en la decisión objeto de consulta, razón por la que será confirmada en esta instancia.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de OLGA ROCIO VILLAMIZAR GOMEZ contra FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y OTROS. Rad. 11001310500720170036301.

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 la parte actora y las accionadas FONDO NACIONAL DEL AHORRO y TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de julio de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **OLGA ROCÍO VILLAMIZAR GÓMEZ** instauró demanda ordinaria laboral en contra del FONDO NACIONAL DEL AHORRO-FNA, la RED DE UNIVERSIDADES PÚBLICAS DEL EJE CAFETERO y TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ SAS, con el fin de que se declare que existió una relación laboral con el FNA, mientras que las demás accionadas actuaron como intermediarias. En consecuencia, se condene a las accionadas a pagar la diferencia salarial entre lo que devengó como trabajadora en misión y lo que devengaron los empleados de planta, junto con los aportes a seguridad social en pensión y salud. Igualmente, se condene a las accionadas al pago de las primas legales y extralegales, las vacaciones, cesantías e intereses desde el 15 de diciembre de 2008 hasta que perciba el pago. Así mismo, se condene al pago de la sanción moratoria y a la indexación de todas las sumas de dinero. Finalmente, se condene a las accionadas al pago de lo ultra y extra petita, más las costas procesales y agencias en derecho.

Como pretensiones subsidiarias, indicó que prestó sus servicios bajo la subordinación del FONDO NACIONAL DEL AHORRO-FNA desde el 15 de diciembre de 2008 hasta el 04 de septiembre de 2014, cumpliendo un horario de 8:00 am a 5:00 pm de lunes a viernes y desempeñando el cargo de Administrativo I, mismo que comprende funciones que antes eran propias del personal de planta. Explicó que estuvo vinculada a la RED DE UNIVERSIDADES DEL EJE CAFETERO desde el 15 de diciembre de 2008 hasta el 15 de marzo de 2009, mientras que firmó varios contratos con UNO-A BOGOTÁ S.A.S. desde el 16 de marzo de 2009 hasta el 04 de septiembre de 2014. Manifestó que siempre desempeñó sus funciones bajo la subordinación y dependencia del FNA, cumpliendo órdenes, un horario laboral y bajo las mismas condiciones de los funcionarios de la entidad, sin embargo, su salario era inferior al de aquellos. Aseguró que entre el 13 de marzo de 2009 y el 04 de septiembre de 2014 su salario osciló entre $1.692.000 y $3.500.000. Expreso que el 03 de septiembre de 2014 presentó su renuncia ante TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ. Añadió que el 21 de septiembre de 2016 elevó ante el FNA solicitud de reconocimiento y pago de acreencias laborales, no obstante, la misma no fue contestada (fls. 4 a 18).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que la demandante no fue trabajadora oficial o empleada pública de la entidad, sino que suscribió contratos laborales con la sociedad Temporales Uno-A Bogotá y con la Red de Universidades Públicas del Eje Cafetero. Manifestó que no impartió órdenes a la actora, sino que era indispensable que aquella siguiera los protocolos operativos y procedimientos establecidos en la entidad. Señaló que la accionante ejecutaba actividades que no eran propias del personal de planta, pues el cargo de Comercial II no existe en la entidad, de acuerdo con la Resolución 070 de 2000. Arguyó que, en vista del aumento de productividad, tuvo que vincular personal en misión de carácter temporal. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de las obligaciones reclamadas al Fondo Nacional del Ahorro como empleador de la demandante», «buena fe», «compensación» y «prescripción» (fls. 273 a 285).

Por su parte el **SISTEMA UNIVERSITARIO DEL EJE CAFETERO-SUEJE**, antes RED DE UNIVERSIDADES PUBLICAS DEL EJE CAFETERO, contestó la demanda con oposición a las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que la demandante fue contratada para dar cumplimiento al contrato

interadministrativo N° 089 de 2008 suscrito con el FNA, el cual tuvo por objeto proveer personal misional para el desarrollo de algunas actividades, aclarando que fungió como empleador independiente y con completa autonomía técnica y administrativa. Señaló que la actora estuvo vinculada mediante un contrato de trabajo de obra o labor, el cual finalizó mediante acta de terminación de contrato laboral, suscrita por aquella de manera voluntaria, momento en el que pagó la liquidación laboral y las prestaciones sociales a la demandante. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de causal para la vinculación como litisconsorte necesario», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «prescripción», «legal cumplimiento del contrato laboral suscrito con el demandante», «cobro de lo no debido», «pago», «enriquecimiento sin causa», «compensación» e «innominada» (fls. 306 a 311).

Por su parte, la sociedad **TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que no actuó como simple intermediaria entre la demandante y el FNA, sino que fue empleadora de aquella, ya que el FNA tuvo un aumento en la actividad comercial y decidió contratar personal capacitado para el desarrollo de las funciones. Aseveró que de acuerdo al Decreto 4369 de 2006, la tercerización laboral fue legal, toda vez que cumplió con todos los requerimientos legales, resaltando que ningún contrato suscrito con la demandante incumplió con el tiempo máximo de doce meses de vinculación, puesto que todos fueron debidamente liquidados, teniendo en cuenta que la obra o labor para que había sido contratada finalizaba dependiendo de la necesidad del servicio del FNA. Explicó que cada contrato celebrado con la demandante tuvo el proceso de ingreso regular y cumplió lo señalado en la Ley 50 de 1990, efectuando el pago de los aportes a seguridad social, salarios y prestaciones sociales. Propuso como excepciones de mérito las de «prescripción», «existencia de vinculación laboral legal», «inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido», «inexistencia de derecho al reconocimiento de salario igual al devengado por los trabajadores del sector público» y «buena fe» (fls. 405 a 427).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 27 de julio de 2021, declaró que entre la demandante y el FNA existió un contrato de trabajo desde el 17 de marzo de 2009 hasta el 04 de septiembre de 2014, devengando un salario de $3.848.054. Igualmente, declaró solidariamente

responsable a la sociedad TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S, por lo que condenó al pago del reajuste del salario, de las cesantías, de los intereses a las cesantías, la prima de servicios y las vacaciones. Igualmente, condenó al pago de la prima extraordinaria, las primas de navidad y vacaciones, más la indemnización moratoria desde el 05 de septiembre de 2014 hasta el 04 de septiembre de 2016. Finalmente, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, condenó en costas al FNA y TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S. a favor de la demandante, quién deberá pagar costas a favor de la sociedad SUEJE, por haber sido absuelta de todas las pretensiones.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que las empresas de servicios temporales –EST- no pueden actuar como simples intermediarias, so pena de responder solidariamente por las deudas laborales de las empresas usuarias, por lo que es necesario que medie una de las causas que permiten la tercerización laboral. Manifestó que, de acuerdo a los testimonios, la demandante realizaba labores del personal de planta, dado que no había distinción alguna entre sus funciones y las de los trabajadores del FNA. Señaló que la actora prestó el servicio de forma ininterrumpida, pues nunca hubo una suspensión en la ejecución de un contrato y otro, resaltando que su vínculo tuvo una duración superior a seis (6) meses, configurando una relación laboral continua con el FNA. Explicó que hay lugar a declarar que la relación laboral inició el 17 de marzo de 2009, mediante la TEMPORAL UNO A BOGOTÁ S.A.S., dado que el vínculo con SUEJE reunió todos los requisitos de la Ley 50 de 1999. Reiteró que se configuró una responsabilidad solidaria entre el FNA y la EST, toda vez que incumplieron con la normatividad, de tal suerte que el FNA fungió como empleador de la demandante, mientras que la EST TEMPORAL UNO A BOGOTÁ S.A.S., actuó como una intermediaria. Recordó que, pese a que el FNA arguyó que tuvo que contratar personal externo, lo cierto es que, no acreditó el aumento de la productividad o los servicios, más aún cuando el vínculo de la actora superó el término de seis (6) meses, prorrogable por seis (6) meses más. Respecto de la prescripción, manifestó que las acciones en laboral tienen un término de prescripción de tres (3) años contados a partir del momento en el que se hizo exigible la obligación, por lo que resaltó que la relación laboral de la demandante terminó el 04 de septiembre de 2014, que la demanda fue presentada el 21 de junio de 2017 y que agotó la reclamación administrativa ante el FNA el 02 de septiembre de 2016. En ese orden, encontró que todos los derechos causados antes del 02 de septiembre de 2013, se encuentran prescritos. Aclaró que la demandante no formuló ninguna reclamación ante la accionada TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S., por lo que, en cuanto a ella, la interrupción de la

prescripción se materializó con la presentación de la demanda, es decir que los derechos causados antes del 21 de junio de 2014 se encuentran prescritos. Arguyó que el cargo de la actora en el FNA equivalía al de Profesional III, por tener las mismas funciones que aquella desempeñaba en la entidad. Expuso que el último salario de la demandante fue de $3.500.000, mientras que el de Profesional III era de $3.865.054 más un bono de alimentación de $483.000. Encontró procedente el pago de indemnización moratoria, dado que el FNA y TEMPORALES DE UNO BOGOTÁ S.A.S., actuaron de mala fe al disfrazar la relación laboral de la demandante con un vínculo temporal que superó el término permitido en la ley. Finalmente, resaltó que los aportes a pensión fueron pagados sobre un salario inferior al que la demandante debió devengar, concluyendo que es procedente el pago de esas diferencias en los aportes a pensión, previo calculo actuarial del fondo de pensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del FONDO NACIONAL DEL AHORRO –FNA- presentó recurso de apelación, argumentando que se acreditó la existencia de la relación laboral entre la demandante y la accionada TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S, desvirtuando un vínculo laboral de aquella con el FNA. Explicó que los contratos celebrados con la demandante tuvieron lugar por el convenio interadministrativo pactado con el FNA, actuando con apego al artículo 32 de la Ley 80 de 1990, por lo cual se debe observar esa relación civil y no un vínculo laboral de la actora y el FNA. Resaltó que no hay lugar a declarar la existencia de una sola relación laboral, por cuanto hubo interrupciones en la prestación del servicio por parte de la demandante. Señaló que la actora no cumplió con la carga de la prueba que impone el artículo 77 del CGP, pues no demostró su salario y el del personal de planta del FNA, ni el cargo con el que se debía realizar la comparación de funciones. Aseveró que, el A quo tuvo en cuenta un manual de funciones encontrado en la página del FNA para realizar una comparación y nivelar el salario de la demandante por uno de los cargos allí descritos, alejándose de un estudio acucioso. Recordó que la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que la indemnización moratoria no es automática, sino que se deben analizar todas las circunstancias por las que el empleador no satisfizo todos los valores a los que estaba obligado, concluyendo que, no hay lugar a tal sanción por cuanto el FNA actuó bajo la convicción de que no existía un vínculo laboral con la actora, más aún, cuando la ley prohíbe la creación de nuevos cargos en la entidad. Indicó que la demandante aceptó voluntariamente su tipo de

vinculación y terminó unilateralmente el contrato, mediante su renuncia, desvirtuando la procedencia del pago de la indemnización moratoria. Reiteró que al no haber demostrado de manera fehaciente el salario aplicable a la demandante, por sustracción de materia no procede el pago de seguridad social a favor de aquella, ni ninguna de las pretensiones formuladas en la demanda.

El apoderado judicial de la accionada TEMPORALES UNO A BOGOTÁ S.A.S. apeló la decisión, argumentando que la demandante prestó sus servicios con sujeción a los permisos que la ley otorga, pues hubo interrupciones en la prestación del servicio, algunas superiores a un mes, por lo que es aplicable la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ que ha reiterado que cuando el servicio se suspende por dicho término, no hay lugar a declarar una relación laboral continua. Señaló que la ley prohíbe al FNA contratar directamente a trabajadores, pues no puede crear cargos de planta y se ve obligado a atender el aumento de la producción por medio de convenios interadministrativos, de tal suerte que no existió mala fe y, por ende, no hay lugar al pago de la indemnización moratoria. Resaltó que la demandante fue contratada de buena fe, teniendo como empleador a la EST, quien realizó el pago de la totalidad de acreencias laborales, tal como lo aceptó la demandante. Aseveró que la demandante no cumplió con la carga de la prueba, pues no demostró que realizara funciones propias del FNA, explicando que el A quo utilizó un documento de la página web de la entidad, el cual fue creado en el año 2020, es decir, una fecha posterior a los extremos alegados en la demanda, por lo que no puede ser tomado para establecer sus funciones. Añadió que la actora no probó cuáles eran sus funciones y menos aún, que aquellas eran equivalentes con un cargo del personal de planta del FNA. Manifestó que para otorgar los derechos convencionales a la demandante, se debió probar la existencia de la convención colectiva y su aplicación, teniendo en cuenta que las convenciones colectivas, sólo son aplicables a los miembros de la organización sindical cuando el número de afiliados no excede la tercera parte del total de trabajadores de una empresa, en consecuencia, la parte actora debió probar que la convención era aplicable a todos los trabajadores, lo cual es verificable por medio de un certificado del Ministerio del Trabajo.

Finalmente, el apoderado judicial de la parte demandante apeló la decisión, solicitando se estudien los valores del salario y la bonificación de alimentación concedida, ya que encontró que para el 2013 la demandante devengaba un salario de $2.200.000, mientras que su salario debía ser de $3.646.000, es decir que

procede la modificación de las sumas dinerarias de las prestaciones sociales para el año 2013.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Fondo Nacional del Ahorro allegó alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en el recurso, solicitando se revoque la decisión. A su vez, la parte actora, alegó de conclusión en similares términos a los expresados en el recurso de alzada, solicitando se revoque parcialmente la decisión. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo el presente asunto y por cuestiones metodológicas en virtud de las materias objeto de los recursos de apelación, el primer problema jurídico a dilucidar se circunscribirá a determinar si la celebración de los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos entre el FNA y SISTEMA UNIVERSITARIO DE EJE CAFETERO – SUEJE y la empresa de servicios temporales UNO A para efectos de la contratación del personal en misión son legalmente permitidos atendiendo los preceptos de la Ley 50 de 1990 o si, en su defecto, dicha contratación no es lícita y por ende, la demandante es una trabajadora de planta del FNA conforme se arguyó en la demanda.

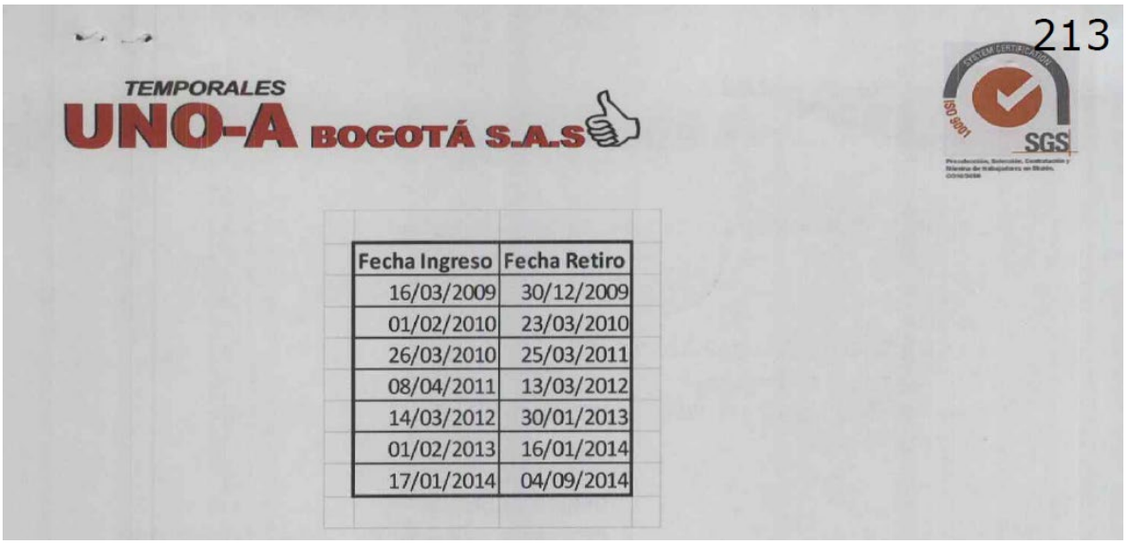
Como segundo problema jurídico, habrá de determinarse si a la aquí demandante probó el salario que debía devengar como trabajadora directa del FNA y por ello, si le asiste el derecho al reconocimiento y pago por concepto de reajuste de salarios y prestaciones sociales; asimismo, si hay lugar al pago de las prestaciones convencionales concedidas en la sentencia de primer grado; así como al pago de la indemnización por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales de que trata el artículo 65 del C.S.T.

CONSIDERACIONES

En el presente caso no se encuentra en discusión que entre la demandante y SUEJE y TEMPORALES UNO A DE BOGOTA S.A existieron contratos de trabajo a término fijo y que estuvieron vigentes como se procede a relacionar:

1. Con Red de Universidades Públicas del eje cafetero ALMA MATER del 15 de diciembre de 2008 al 15 de marzo de 2009 (fls. 26-28).

2. Con temporales UNO A según se desprende del folio 213 así:


213

TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S

Fecha Ingreso	Fecha Retiro
16/03/2009	30/12/2009
01/02/2010	23/03/2010
26/03/2010	25/03/2011
08/04/2011	13/03/2012
14/03/2012	30/01/2013
01/02/2013	16/01/2014
17/01/2014	04/09/2014

Ahora bien, en lo que tiene que ver con las empresas de servicios temporales es menester precisar que con la expedición de la Ley 50 de 1990 se estableció, de una parte, que las mismas pueden contratar con terceros para colaborar «*en forma temporal*» con el desarrollo de sus actividades y por la otra, que dicha colaboración debe estar sujeta a las siguientes situaciones generales: 1) la tradicional del artículo 6º del CST, esta es, para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del patrono; 2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad, y 3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosecha, y en la prestación de servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más de conformidad con lo preceptuado en el artículo 77 de la mencionada Ley 50 de 1990.

Ahora, respecto de la vinculación de la demandante como trabajadora en misión a través de la empresa TEMPORALES UNO A para la prestación de sus servicios para el FNA, como empresa usuaria, y tal como lo dispuso el a quo, de las documentales obrantes dentro del plenario, se puede observar que la entidad celebró diferentes contratos de prestación de servicios con las empresas de servicios temporales de la siguiente forma:

1) A folios 71 a 76 se encuentra el contrato No. 089 suscrito entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y RED DE UNIVERSIDADES PUBLICAS DEL EJE CAFETERO ALMA MATER. Con fecha de celebración el día 30 de abril de 2008.

2) En folios 77 a 91 se encuentra el contrato No. 082 suscrito entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A. con fecha de celebración 16 de marzo de 2009.

3) En folios 92 a 105 se encuentra el contrato No. 198 SUSCRITO entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A. del 26 de marzo de 2010.

4) En folios 106 a 117 se encuentra el contrato No. 168 SUSCRITO entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A. del 25 de marzo de 2011.

5) En folios 118 a 131 se encuentra el contrato No. 60 SUSCRITO entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A. del 09 de marzo de 2012.

6) En folios 132 a 154 se encuentra el contrato No. 008 SUSCRITO entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A. del 30 de enero de 2013.

7) En folios 155 a 177 se encuentra el contrato No. 475 SUSCRITO entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A. del 20 de diciembre de 2013.

7) En folios 178 a 197 se encuentra el contrato No. 145 SUSCRITO entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y TEMPORALES UNO A BOGOTA S.A. del 25 de julio de 2014.

Los anteriores contratos celebrados en distintas fechas fueron con el fin de suministrar personal en misión, donde en términos generales se indicó que el objeto del contrato es la de suministrar al Fondo Nacional del Ahorro trabajadores en misión, trabajadores contratados directamente por TEMPORALES UNO A., y que, si bien prestarían sus servicios a la empresa usuaria, su verdadero empleador lo sería TEMPORALES UNO A.

Con lo anterior se establece que la actora fue trabajadora en misión para el FNA a través de 2 empresas de servicios temporales distintas como lo fueron SUEJE y TEMPORALES UNO-A, a través de diferentes contratos de trabajo bajo la modalidad de obra o labor contratada, aspecto por el cual procede la Sala a determinar si es procedente, tal como lo fulminó la primera instancia, tener como verdadera empleadora al FNA, quien fungió como empresa usuaria dentro de la

relación jurídica subsistente con las mencionadas empresas de servicios temporales [TEMPORALES UNO A], entre el lapso y por los periodos que aparecen determinados, precisando que frente al periodo laborado a través de SUEJE no hay reproche alguno por la parte actora en esta instancia.

En relación con este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias de 21 de febrero Rad. 2605 del 15 de agosto de 2006 y 21 de febrero de 2006 Rad. 25717, rememoradas en la SL5696 del 7 de mayo de 2014 Rad. 41777, analizó que, frente a los eventos de contratación fraudulenta, y en los casos en que se desconozca el plazo máximo permitido para la vinculación de los trabajadores en misión, de acuerdo a los artículos 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales deben ser catalogadas como un empleador aparente y un intermediario que oculta su calidad y, por tal motivo, debe ser tenido como verdadero empleador a la empresa usuaria que se benefició de tal intermediación.

De manera que si el juzgador de instancia encuentra demostrado un marco temporario que resulte contrario a las nociones precisas de colaboración transitoria en el desarrollo de las actividades de la empresa, o encuentra demostrado que se ha transgredido la finalidad que de manera particular inspira las tres situaciones que regula el mencionado artículo 77 de la Ley 50 de 1990, es imperioso que atienda a esa precisa realidad, incluso pasando por alto la presencia de actos ***que vistos de manera individual y solo en su contenido meramente formal, se exhiben con la apariencia de licitud, como son por ejemplo los contratos individuales, la liquidación de prestaciones sociales, o las comunicaciones de terminación del contrato.***

Así las cosas, en el presente caso la entidad demandada FNA expuso que la razón para justificar la contratación de la demandante a través de TEMPORALES UNO-A, en calidad de empresas de servicios temporales, fue la del suministro de personal que soportaran y apoyaran las actividades misionales de la entidad tendientes al fortalecimiento de la misión y visión a nivel nacional, por lo que a juicio de esta Sala no puede catalogarse como una contratación válida de personal tercerizado de conformidad con lo establecido en la Ley 50 de 1990, pues a pesar de que se puede apreciar que, revisados individualmente, los contratos de prestación de servicios suscritos por la entidad FNA con TEMPORALES UNO-A así como los celebrados entre la demandante y esta empresa de servicios temporales, ninguno enrostra que el tiempo de ejecución haya sido superior a un año atendiendo lo

establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 según la normativa y jurisprudencia ya enunciada, si resulta palmario que el F.N.A estaba impedido o le estaba vedado legalmente continuar con contrataciones superiores a un (1) año tal y como lo hiciera a través de la Empresa de Servicios Temporales «TEMPORALES UNO A», en tanto y en cuanto si bien dichas contrataciones entre las partes se hicieron con una apariencia de licitud bajo el entendido de que, en principio, estos se efectuaron con inferioridad a un (1) año, lo cierto es que de las contrataciones realizadas no existe prueba que demuestre a favor del F.N.A. que se hubiesen producido por labores ocasionales, accidentales o transitorias ajenas a la actividad del Fondo Nacional del Ahorro, ni mucho menos que los contratos se hubiesen provocado como consecuencia de un reemplazo de personal en vacaciones, en uso de licencia u otra situación que envuelva una urgencia de reemplazo conforme lo regula el artículo 77 de la Ley 50 del 90, sino que por el contrario, se aprecia que fueron contrataciones sin medir un tiempo prudencial para no tenerse como verdadero empleador a la entidad, aunado al hecho que de los testimonios practicados a ASTRID SUAREZ BELTRAN, FABIOLA RODRIGUEZ BERNAL, ANA MARÍA ARENAS MELO, MIGUEL OSCAR MEDINA ALVAREZ, todos fueron contestes en indicar que laboraron en la entidad junto con la demandante y dieron fe que esta última siempre laboró sin solución de continuidad y que, además, siempre laboró en actividades derivadas del giro ordinario de dicha entidad; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia se confirmará por este puntualísimo aspecto. No sobra recordar que la contratación legalmente permitida a las EST con una empresa usuaria es por un término máximo de seis (6) meses, eventualmente prorrogable por otros seis (6) meses, y es fácilmente detectable que la que va de marzo 16 de 2009 al 30 de diciembre de 2009, supera el término inicialmente autorizado de seis (6) meses, al igual que la del 26 de marzo de 2010 al 25 de marzo de 2011, así como los celebrados de abril de 2011 a marzo de 2012, marzo de 2012 a enero de 2013 y febrero de 2013 a enero de 2014, aunado a que entre todas las verificadas con Temporales Uno A no medio solución de continuidad.

Ciertamente, contrario a lo señalado en la alzada, en el presente asunto se superó ampliamente el margen de tiempo permitido legalmente para desarrollar este tipo de contratación, pues la actora laboró por espacio de poco más de 5 años para el FONDO NACIONAL DEL AHORRO desde el 16 de marzo del 2009 al 04 de septiembre del 2014, siendo oportuno memorar que desde el parágrafo del artículo 6 del decreto 4369 de 2006, se estipuló la prohibición de contratar trabajadores en misión por términos superiores al legalmente establecido, previa prórroga,

independiente de que dichas contrataciones se efectúen en periodos diferentes y en ese orden no son de recibos los argumentos expuestos por las encartadas, dado que, se itera, conforme la realidad vivida y probada en el caso de marras, la relación laboral de la actora fue directamente con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO como verdadero empleador, siendo la empresa servicios temporales simple intermediaria.

Por otro lado, recuérdese que la norma parte de la premisa de que la EST funge como verdadera empleadora y la contratante como usuaria, por lo que la existencia del vínculo laboral deviene de la superación irregular del término máximo de contratación y no de la existencia de los elementos propios del contrato, como la subordinación entre el trabajador en misión y la usuaria, como lo pretende hacer ver la apelante, al tratar de asimilar la definición bajo el prisma del contrato realidad. Sobre el tema la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, de antaño, ha precisado por ejemplo, en la ya mencionada sentencia de fecha 22 de febrero del año 2006, radicación No 25717, que «*la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales […]*».

Para concluir lo relativo a la continuidad laboral rebatida en la alzada, debe decir la Sala que los espacios de tiempo que se vislumbran entre uno y otro contrato, no tienen el alcance de desvirtuar la relación laboral entre el F.N.A y la parte actora, por el contrario, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, se tiene que tales interrupciones no obedecieron «*a razones objetivas o técnicas, originadas por la terminación de una necesidad empresarial transitoria y el inicio de otra distinta igualmente temporal, sino que estuvo orientada a burlar la ley, generando un quiebre ficticio en la continuidad de los servicios*» (Rad. 69399 del 15 de agosto del 2018), lo que conlleva conforme a lo expuesto en primera instancia a colegir la existencia de un solo contrato de trabajo, destacando en este sentido que en autos no se prueba la no prestación del servicio, en los tiempos de interrupción entre los contratos suscritos por el demandante, iterando no existe prueba siquiera sumaria que permita arribar a dicha conclusión, en consecuencia, a juicio de esta sala de decisión la relación laboral entre la demandante y la demandada FONDO NACIONAL DEL AHORRO se dio en los

extremos antes mencionados, por ende se confirma en este punto la sentencia apelada.

Por otra parte, con ocasión al segundo problema jurídico suscitado, esto es, el concerniente al reconocimiento y pago la diferencia de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, así como las primas extralegales de carácter convencional otorgadas, una vez verificado el caudal probatorio allegado al plenario, encuentra la Sala que contrario a lo concluido en primer grado, el plenario carece de un marco de comparación y de manera particular frente a un compañero específico que ejecutare la misma labor con iguales condiciones de niveles de estudio, por el contrario pretendió que se asimilara a la escala fijada por la entidad para todos los trabajadores de planta, situación a la cual no se accederá, toda vez que el cargo ocupado por la demandante, tal como se deduce las pruebas recaudadas, especialmente de la testimonial, no estaba ocupado por ningún trabajador de planta o al menos no se prueba o establece un parámetro comparativo en tal sentido, dado que de manera general se indica que efectuaba funciones similares a trabajadores de planta, lo que impide hacer un juicio comparativo de trabajo de igual valor para su prosperidad, por lo que frente a tal punto se revocará la decisión adoptada en primera instancia y, en consecuencia, para todos los efectos legales el salario corresponde al pagado por la empresa de servicios temporales que no era objeto de debate por la demandante.

Con relación a los derechos convencionales otorgados por el a quo y que es objeto de reparo en la alzada, revisado el haz probatorio, no encuentra la Sala de Decisión texto de la convención colectiva de trabajo que contenga tales emolumentos para de ahí determinar si la actora es o no beneficiario de los mismos. Al punto conviene remembrar que, como lo ha sostenido de manera reiterada el órgano de cierre de la especialidad laboral, las convenciones colectivas consagran prerrogativas, beneficios y derechos que se pactan entre las partes en términos particulares y expresos acorde con las condiciones que gobernaban las relaciones de trabajo entre empleador y la agremiación sindicalizada de trabajadores en la respectiva negociación, y por ende, las mismas no pueden alterarse en beneficio de ninguno de los suscribientes, de modo que de allí es que radica la necesidad insoslayable de que sea aportada al escenario judicial donde sea invocada como fuente normativa del derecho, pues sólo así se puede determinar de manera fehaciente por parte del operador judicial, en materia de salarios y prestaciones cómo se configuran los derechos convencionales perseguidos en tal sentido, pues de ninguna manera se puede acudir a las propias manifestaciones hechas por la parte o como en este caso

lo determinó de forma errada el a quo, acudiendo a los dichos de los testigos sobre el particular.

En este sentido, conforme se ha enseñado en la inveterada jurisprudencia laboral, entre otras muchas, en la sentencia CSJ SL378-2018, se ha destacado la importancia del texto del convenio colectivo de trabajo *«como fuente generadora de derechos y obligaciones para las partes que quedan cobijadas por sus preceptos. En ese sentido, en la misma forma en que una vez delineado el contexto fáctico del caso, el fallador procede a buscar el precepto legal llamado a producir efectos, cuando de un derecho convencional se trata, ese mismo operador judicial debe buscar la fuente generadora de ese derecho en aras de examinar si se dan los supuestos fácticos que impongan la aplicación del texto convencional, que es ley para las partes»*, de ahí la importancia de ser aportado al plenario, desde luego, con sus requisitos legales.

Conforme a lo expuesto y contrario a lo que concluyó el a quo, resulta suficientemente claro que la parte demandante no demostró la existencia de la convención colectiva de trabajo, mucho menos que esta le fuere aplicable a los derechos laborales que ahora reclama, con ello, incumplió con la obligación probatoria que le asistía de acuerdo con las reglas de la carga de la prueba contenidas en el artículo 167 del actual Código General del Proceso aplicable a las causas judiciales del trabajo y de la seguridad social, acorde con lo que dispone en materia de reenvió el artículo 145 del estatuto de la materia, aquel que exige a las partes «*probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen*», omisión irreparable que impide la prosperidad de la peticiones relacionadas con el antedicho beneficio convencional y por ello habrá de revocarse la sentencia como quiera que las demás condenas pendían de las que acá se están dejando sin efectos.

Así las cosas, se revocarán las condenas impuestas en primer grado, se confirmará únicamente lo atinente a la declaración de la existencia del contrato de trabajo con el F.N.A. Sin costas en ambas instancias, 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 y por autoridad de la Ley,

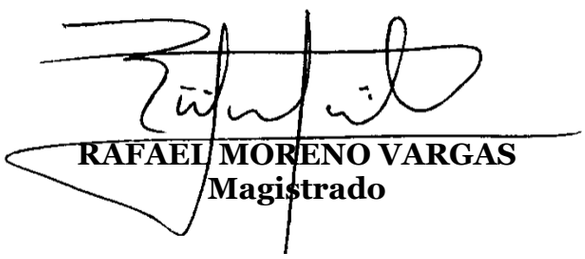
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR las condenas impuestas en la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a las accionadas de las mismas, salvo la declaratoria del contrato de trabajo con el F.N.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

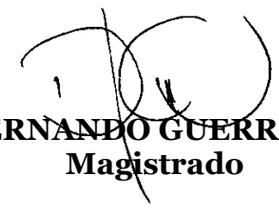
SEGUNDO: Sin costas en ambas instancias.

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

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CARLOS HUMBERTO BERNAL FORERO contra COLPENSIONES, Y AFP PORVENIR. Rad. 110013105-035-2019-00798-03.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación incoado por la parte accionante, 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 demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de julio de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **CARLOS HUMBERTO BERNAL FORERO** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare la nulidad del traslado y afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMDP al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS –PORVENIR S.A. realizado en el año 2005, y que como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, todas las cotizaciones y rendimientos de su cuenta de ahorro individual. Lo extra y ultra petita, más las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 03 de noviembre de 1962, indicó que se vinculó en el año 1990 al Instituto de Seguro Social –ISS-, hoy COLPENSIONES. Informó que, en el año 1998 con el argumento que el ISS se iba a acabar y la ilusoria promesa de obtener mejores condiciones de

pensión de parte del asesor comercial de PORVENIR S.A. se dejó convencer de trasladarse de régimen pensional. Adujo que, en el momento del traslado de régimen pensional no recibió ninguna información suficiente, objetiva y clara sobre ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional, no obstante, aseguró que firmó un formato preimpreso que le presentó el asesor comercial de PORVENIR S.A. sin que se le suministrara información alguna al respecto. Asimismo, argumentó que ha propendido por el traslado correspondiente con resultado negativo, pues las demandadas le han denegado el cambio de régimen para retornar a COLPENSIONES, en tal virtud señaló que, se ha visto obligado a continuar cotizando en pensiones a PORVENIR S.A., cuando su querer no es otro que cotizar al RPMPD administrado por COLPENSIONES. En suma, advirtió que, es innegable el perjuicio económico ocasionado, toda vez que, en averiguación ante las demandadas, ha podido constatar que el monto de la pensión de vejez en el RAIS es muy inferior al que podría obtener en el RPMPD, administrado por COLPENSIONES, siendo la diferencia entre uno y otro régimen pensional superior al 65% del monto pensional que le correspondería en COLPENSIONES (Exp. Digital. 1 - EXPEDIENTE 2019-00798-00 Págs. 01-09).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, solicitando se absuelva de las mismas; argumentó para tal fin que, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, señaló que tampoco evidenció dentro de las solicitudes, nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, por el contrario agregó que observó que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente arguyó que el accionante, para el 30 de septiembre de 2019, fecha en la cual la parte actora solicitó ante COLPENSIONES su traslado, contaba con 57 años, esto es, cuando se encontraba dentro de una prohibición legal; añadió que también observó que el actor no hizo uso de los derechos de los afiliados, esto es, el retracto. De otro lado, manifestó que al momento de la afiliación al RAIS se encontraba frente a una mera expectativa, pues para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 10 de abril de 1994 el demandante contaba con 32 años y no tenía el requisito de las semanas o tiempo de servicio, para querer regresar al RPM en cualquier tiempo. Por último, resaltó que resulta desproporcional colocar la carga de la prueba en las

AFP en los casos que se ha declarado la nulidad en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio en agosto de 1998, queriendo decir esto que han trascurrido aproximadamente más de 20 años a la fecha, siendo imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, por lo cual consideró completamente aplicable a estos casos el principio que reza "nadie está obligado a lo imposible". Formuló 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 d3e seguridad social del orden público», e «innominada o genérica» (Exp. Digital. 1 - EXPEDIENTE 2019-00798-00 Págs. 54-88).

Por su parte, **PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, el demandante no aportó prueba que permita concluir que su voluntad de seleccionar régimen pensional, se vio coartada en algún momento; aseveró que su representada cumplió con el deber de información que le era oponible, al realizar un asesoría veraz, clara y oportuna; siendo el traslado de régimen pensional completamente válido, advirtió que no es dable ordenar la devolución de capital alguno de la cuenta del demandante. sin embargo, en el evento de acreditar la nulidad del traslado, la devolución de los rendimientos financieros y demás gastos, dejaría al demandante en una situación más favorable que la que tendría de permanecer en el Régimen de Prima Media, toda vez que recibiría dinero que no se generan en dicho régimen pensional, en contravención a lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, y a las restituciones mutuas, en la medida que estas sumas ya se extinguieron con la ejecución de las labores de administración. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Exp. Digital. CONTESTACION Y ANEXOS. Págs. 01-28)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 15 de julio de 2021, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que, conforme a los documentos obrantes en el expediente, el accionante se trasladó del Régimen de

Prima Media con Prestación Definida a PORVENIR S.A. en septiembre del año 1998; que le corresponde al fondo privado en virtud de la inversión de la carga de la prueba demostrar que brindó toda la información al demandante, para que tomará la decisión que más le fuera favorable en cuanto al régimen pensional; recalcó que si el afiliado alega que no recibió información debida al momento de su afiliación, ello corresponde a un supuesto negativo, que no puede demostrarse materialmente por quién lo invoca, en consecuencia, es obligación de la entidad demostrar que cumplió su obligación mediante todos los medios de convicción que permitan dar certeza que al momento del traslado de régimen, la afiliada contaba con todos los elementos de juicio suficientes para decidir libre y voluntariamente; en el mismo sentido reiteró que son las administradoras de fondos de pensiones, quienes deben brindar a sus potenciales afiliados información clara y suficiente, en punto de las implicaciones que conlleva el traslado de régimen, como quiera que aquellas sustentan la calidad de instituciones expertas, informando acerca de los beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como los efectos negativos de esa decisión, dando a conocer de manera suficiente atendiendo cada caso en particular y sus alternativas teniendo cuidado en no menoscabar derechos a la seguridad social; dicha información debe comprender todas las etapas, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, cumpliendo con su deber de buen consejo incluso llegando a desanimar al posible afiliado. Por lo anterior le correspondía PORVENIR S.A., demostrar que le dio tal información en los términos señalados, circunstancia que no se acreditó; de otra parte, para que se configure la ineficacia de la afiliación esa falta de información debe generar lesión injustificada en el derecho pensional del afiliado, impidiendo el acceso a su derecho pensional, sin embargo no se demostró que esa falta de información le hubiese generado lesiones injustificadas al accionante, pues esto debió ser probado en el transcurso del proceso, resaltó que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, y la actora no logró demostrar que en efecto la omisión del fondo le ocasionó un perjuicio o una lesión a su derecho pensional; pues advirtió que no existe un documento que demuestre que el monto de la pensión que le correspondería en el Régimen de Ahorro Individual, resulta inferior al que eventualmente le fuera reconocido en el Régimen de Prima Media, pues la simple afirmación no demuestra que en efecto se genere un perjuicio con ocasión al traslado de régimen, por lo anterior no había lugar a despachar favorablemente las pretensiones formuladas por la parte actora.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte actora, apeló la decisión, solicitando sea revocada la sentencia en su totalidad; precisó para tal fin que no se le informó de las ventajas y desventajas del traslado, y al no informársele de esto, sí se pudo tener unas desventajas de índole económico y no por el hecho de no haber efectuado una liquidación no va a tener prejuicios, puesto que, a pesar de tener firmado un formato pre impreso de la AFP, el afiliado no estuvo de acuerdo con la afiliación, en virtud de las desventajas que puede tener, recalcó que, las administradoras desde que fueron creadas tenían el deber de informar con claridad, cuáles eran las ventajas y desventajas que al demandante le podía acarrear y en ningún momento le fueron expuestas, lo que se encuentra demostrado en el proceso, por lo que solicita replantear el fallo, de manera que se acrediten que los perjuicios existen y el actor puede dejar de percibir una gran cantidad de dinero producto del error de PORVENIR S.A. de no informar de manera clara y oportuna las consecuencias del traslado, lo que era su deber.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los de la contestación de demanda, solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia. 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 de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 11 (Exp. Digital. 1 - EXPEDIENTE 2019-00798-00 Pág. 10) obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 03 de noviembre de 1962, por lo que cumpliría 62 años el mismo día y mes del 2024, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a PORVENIR el 26 de septiembre de 2019 (Exp. Digital. 1 - EXPEDIENTE 2019-00798-00 Pág. 14) y COLPENSIONES el 30 de septiembre de 2019 (Exp. Digital. 1 - EXPEDIENTE 2019-00798-00 Pág. 18), 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 115,42 semanas cotizadas a (Exp. Digital. 1 - EXPEDIENTE 2019-00798-00 Pag. 19-26), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

---

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

No obstante, 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 30 de septiembre de 1998 (Exp. Digital. 1 - EXPEDIENTE 2019-00798-00 Pag. 13), 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, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora

tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (30 de septiembre de 1998), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte 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 del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen 30 de septiembre de 1998 (Exp. Digital. 1 - EXPEDIENTE 2019-00798-00 Pág. 13), 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 los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que 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 ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando el demandante debidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y, en consecuencia, deberá la AFP PORVENIR S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración y valor de 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).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «*en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-*

2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no incide para estos efectos 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.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia 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 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, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primera instancia correrán a cargo de **PORVENIR S.A.**

DECISIÓN

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

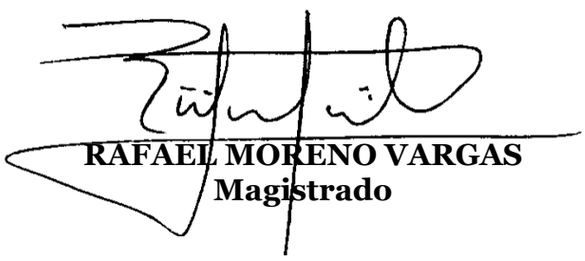
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, y en su lugar, **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por el señor **CARLOS HUMBERTO BERNAL FORERO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- ante la **AFP PORVENIR,** el 30 de septiembre de 1998; y como consecuencia de ello, **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** todos los aportes efectuados por el demandante, es decir los saldos de su cuenta individual junto con sus rendimientos, frutos e intereses, incluidos los gastos de administración que le hubieren sido cobrados y el valor pagado por seguros previsionales, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

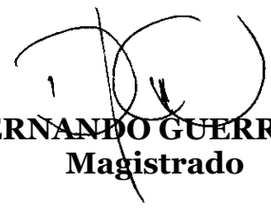
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación. Las de primer grado a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

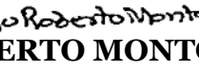
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUIS JORGE CASTRO CHITIVA contra PROTECCIÓN S.A. y MELBA AQUILINA MUÑOZ DE VALLEJO. Rad. 110013105-031-2019-00051-01.

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 parte accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, el día 22 de junio de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **LUIS JORGE CASTRO CHITIVA** instauró demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare que le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente, el señor ALVARO HERNAN VALLEJO MUÑOZ, así mismo, se declare que la señora MELBA AQUILINA MUÑOZ DE VALLEJO no tiene derecho a la sustitución pensional por no cumplir con los requisitos de ley. En consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A., pagar la sustitución pensional desde la fecha del fallecimiento de su compañero permanente, debidamente indexada y junto con los intereses moratorios. Finalmente, se condene a las accionadas al pago de costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que inició una unión marital de hecho con el causante, el señor ALVARO HERNAN VALLEJO MUÑOZ, desde el 05 de octubre de 2001 hasta el día de su fallecimiento, esto es, el 29 de agosto de 2019. Explicó que por temas laborales tuvo que vivir en Madrid-España, Ciudad de México, San José de Costa Rica, Barranquilla y Medellín, no obstante,

siempre tuvo una relación estable con el causante, pues aquel lo visitaba en sus diferentes lugares de trabajo. Señaló que, a lo largo de la relación, en compañía del causante, realizó viajes a diferentes destinos, dentro de ellos: Ciudad de México, Cumaral-Meta, Estados Unidos, Isla Margarita, San Andrés Islas, Los Ángeles, Pasto, Buenos Aires, Cartagena, Eje Cafetero, Parque Tayrona, Brasil, Canadá, entre otros. Relató que asistieron a diferentes eventos como pareja, tales como cumpleaños, conciertos, fechas especiales, grados, matrimonios, entre otros. Indicó que durante la relación adquirió varios bienes en compañía del causante, explicando que escrituraron a nombre de ambos un apartamento en el conjunto Almorettos en Bogotá, así mismo, a nombre propio compraron dos apartamentos ubicados en el Edificio Alianza en Bogotá y otros dos en el Edificio Adar II en la misma ciudad. Aseguró que solicitó al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A. el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, sin embargo, la entidad negó su pedimento. Manifestó que la señora MELBA AQUILINA MUÑOZ DE VALLEJO goza de una pensión otorgada por COLPENSIONES y recibe dineros extra por concepto de rendimientos financieros, dividendos, participaciones y arriendos, información que conoce por la declaración de renta de la accionada y demás documental que estaba en poder de su hijo, es decir, el señor ALVARO HERNAN VALLEJO MUÑOZ (Fls. 4 a 14).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando para tal efecto que el actor no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, toda vez que no convivió con el causante hasta el momento de su fallecimiento, ni existió entre aquellos una convivencia ininterrumpida, pues cada uno vivía de manera independiente en sus apartamentos con sus madres. Manifestó que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 76 de la Ley 100 de 1993, la devolución de saldos se hará efectiva con la sentencia del juicio de sucesión del causante, litigio que está a cargo del Juzgado 11 de Familia de Oralidad de Bogotá. Añadió que otra razón para negar el reconocimiento pensional a favor del demandante, fue que la madre del causante presentó solicitud para el reconocimiento de la prestación económica. Señaló que, al investigar la convivencia del demandante y el causante, recibió las declaraciones de la madre y la hermana del causante, quienes fueron contestes al decir que el señor ALVARO HERNAN VALLEJO no tuvo una unión marital de hecho con el actor. Propuso como excepciones de fondo las de: «inexistencia de la obligación por ausencia de los presupuestos y requisitos legales para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes», «cobro de lo no debido», «prescripción», «buena fe» e

«improcedencia del pago de intereses moratorios» (Exp. Digital: 002. Contestación protección con anexos, págs. 3 a 19).

La señora **MELBA AQUILINA MUÑOZ DE VALLEJO** contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que entre el demandante y el señor ALVARO HERNAN VALLEJO MUÑOZ nunca existió una relación afectiva, más allá de una amistad, menos aún, una comunidad de vida permanente y singular, pues el causante siempre compartió techo con ella, por ser su madre y con su hermana, la señora ANTONIETA VALLEJO MUÑOZ, con quienes compartía los gastos del hogar, tales como alimentación y el pago de servicios públicos. Aseveró que su hijo, es decir, el causante, días antes de fallecer, adquirió un inmueble de manera conjunta con su hermana, la señora ANTONIETA VALLEJO MUÑOZ, aunado a que constituyó un seguro de vida en el que las dejó como beneficiarias sólo a ellas. Señaló que el demandante fundamenta la existencia de una relación de pareja con el causante, sólo en viajes y eventos sociales, sin embargo, no narra el cuidado mutuo en medio de la enfermedad, ni el pago conjunto de bienes o servicios como propósitos de vida, ni la afiliación del uno en favor del otro en seguros o en el sistema de seguridad social. Reiteró que el demandante y su hijo, no tenían una comunidad de vida permanente, contrario sensu, compartían festejos y momentos de esparcimiento como amigos y su propósito de vida lo tenían cada uno con sus familias de sangre. Formuló como excepción de mérito la de «Inexistencia de una unión marital de hecho entre el señor Álvaro Hernán Vallejo Muñoz y el señor Luis Jorge Castro Chitiva por ausencia de permanencia y por ausencia de propósitos de vida en común» (Exp. Digital: 015. SUBSANACION CONTESTACION DEMANDA 2020-051, págs. 2 a 16)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 22 de junio de 2021, declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, por el fallecimiento de su compañero permanente, el señor ÁLVARO HERNÁN VALLEJO MUÑOZ. En consecuencia, condenó a PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes al actor, el señor LUIS JORGE CASTRO CHITIVA, a partir del 29 de agosto de 2018, en valor de mesada inicial de $6.096.287, la cual deberá ser ajustada conforme al IPC, junto con la suma de $230.507.322 por concepto de retroactivo pensional, previo descuento de lo correspondiente a aportes al sistema general de seguridad social en salud. Condenó en costas a la parte accionada. Finalmente, dispuso informar la decisión al Juzgado 11 de Familia de Oralidad de Bogotá, a fin de que estudie una posible causal de nulidad, dentro del proceso de sucesión intestada

adelantado con ocasión al fallecimiento del señor ÁLVARO HERNÁN VALLEJO MUÑOZ.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que la norma aplicable es la Ley 797 de 2003 por ser la vigente al momento del fallecimiento del causante, la cual establece que el beneficiario es el compañero permanente que haya hecho vida marital con el causante durante no menos de cinco (5) años antes de su muerte, precisando que recientemente la Sala de Casación Laboral de la CSJ aclaró que tal requisito sólo es exigible cuando el causante haya detentado la calidad de pensionado. Aseveró que las fotografías aportadas por la parte actora en la que se evidencia al demandante y al causante en diferentes eventos sociales, sólo dan cuenta de momentos específicos y no de una convivencia ininterrumpida. Señaló que la vida en común entre el demandante y el causante se probó con los testimonios de los señores Sergio Leonardo Blanco y Edison Ricardo Ortiz, pues coincidieron en indicar que aquellos siempre se presentaban como pareja en las reuniones, que siempre se apoyaban, que realizaban viajes juntos y que no habían constituido una unión marital de hecho por temor a ser juzgados por sus familias y por la sociedad, aclarando que el señor Blanco adujo que la pareja había convenido hacer formal su relación cuando la madre del causante falleciera porque aquella no estaría de acuerdo. Esgrimió que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que se deben analizar las circunstancias por las cuales uno de los cónyuges está ausente, pues no siempre hay lugar a la pérdida del derecho, en tanto pueden mediar razones médicas, sociales, laborales o económicas que no implican una ruptura sentimental o el final del socorro mutuo, encontrando que los viajes de trabajo que realizaba el actor no afectaron su comunidad de vida con el causante porque se trataba de compromisos laborales. Igualmente, señaló que se deben tener en cuenta la diversidad e identidad sexual, pues la comunidad LGTBI encuentra barreras sociales que le impiden adquirir todos los derechos de orden marital, en consecuencia, encontró que pese a que no se probó el lugar exacto en el que el demandante y el causante convivían, lo cierto es que no se desvirtuaron los lazos afectivos, de solidaridad y apoyo mutuo, los cuales van más allá de la concepción formal de vivir bajo el mismo techo y lecho. Manifestó que no es procedente analizar el reconocimiento pensional a favor de la señora MELBA AQUILINA MUÑOZ DE VALLEJO, dado que sólo corresponde cuando no hay un cónyuge o compañero permanente. Finalmente, precisó que es menester informar al Juzgado 11 de Familia de Oralidad de Bogotá sobre el fallo, en tanto, el proceso de sucesión adelantado con motivo del fallecimiento del causante, debió ser suspendido hasta tanto se resolviera el reconocimiento pensional, configurando una causal de nulidad del proceso allí adelantado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la accionada PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación, argumentando que la entidad realizó un estudio claro sobre las condiciones establecidas en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, encontrando que no existió convivencia entre el demandante y el causante. Resaltó que las pruebas obrantes en el plenario indican que la convivencia entre el demandante y el causante tuvo interrupciones, aunado a que, convivieron por poco tiempo bajo un mismo techo, puesto que cada uno vivía con su madre, tal como lo manifestó el actor. Arguyó que tal como lo manifestó la hermana del causante, nunca hubo una convivencia ininterrumpida entre aquel y el demandante, sino que, convivía con su madre y sólo se ausentaba cuando tenía compromisos laborales o eventos sociales. Indicó que el demandante no participó en las honras fúnebres del causante, ni en el proceso de sucesión, evidenciando que no hubo una relación ininterrumpida entre aquellos. Aseveró que no se encuentra debidamente acreditada la convivencia y comunión de vida entre el demandante y el causante, en razón a que no compartían en mismo techo de manera habitual, por lo que no hubo una relación de compañeros permanentes. Señaló que la señora MELBA AQUILINA MUÑOZ DE VALLEJO no dependía económicamente del causante, en consecuencia, la negativa del reconocimiento pensional no obedeció a un capricho del fondo, sino a que no se cumplieron los requisitos para adquirir el derecho pensional. Mencionó que no es dable ignorar el cumplimiento de los requisitos, dentro de ellos, la acreditación de la existencia de una unión marital de hecho, aun tratándose de una relación de personas del mismo sexo. Concluyó que, al no haber acreditado la unión marital de hecho, no es procedente el reconocimiento pensional, ni el pago del retroactivo, así como, la condena en costas por no reunir los presupuestos del artículo 365 del CGP.

A su vez, el apoderado judicial de la señora **MELBA AQUILINA MUÑOZ DE VALLEJO**, formuló recurso de apelación argumentando que no hubo una valoración conjunta de las pruebas, pues la A quo sólo observó las fotografías y testigos llamados por la parte demandante, desestimando sin justificación motivada las pruebas aportadas por la accionada, dentro de ellas, las declaraciones de la señora María Antonieta Vallejo Muñoz y los señores Oscar Darío Muñoz Muñoz e Iván Liborio Riveros, que dan cuenta de que el demandante y el causante no convivían juntos, que sólo se veían los fines de semana y que incluso, durante el año anterior al fallecimiento, no se vieron. Añadió que la A quo no tuvo en cuenta la investigación adelantada por PROTECCIÓN S.A. en la que concluyó que no existió convivencia entre el demandante y el causante. Reiteró su inconformidad con que la A quo haya dado plena credibilidad a los testimonios de la parte demandante, puesto que

negaron conocer la casa del causante, sin embargo, afirmaron que les consta que allí convivía con el demandante, que compartían la habitación y que ambos tenían ropa allí. Indicó que la A quo no valoró de forma razonada el total de pruebas, omitiendo de manera injustificada el análisis de las que fueron aportadas por la accionada. Finalmente, argumentó que procede analizar las pruebas que se aportaron y las que no, pues la parte actora no allegó documentos como las afiliaciones al sistema de seguridad social u otros pertinentes para acreditar la convivencia.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los esgrimidos en la apelación, solicitando se revoque la decisión. Asimismo, la parte actora por su parte, solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en calidad de compañero permanente del fallecido ALVARO HERNÁN VALLEJO MUÑOZ, de no ser así, verificar si la señora MELBA AQUILINA MUÑOZ DE VALLEJO acredita la condición de beneficiaria en calidad de madre.

CONSIDERACIONES

Para desatar el problema jurídico así planteado, se ha de precisar que es un hecho indiscutido dentro del proceso, que el señor ALVARO HERNÁN VALLEJO MUÑOZ falleció el 29 agosto de 2018 (Fl. 187 vto.). Tampoco se discute que aquel dejó configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

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 del causante.

La aludida norma contempla, para lo que interesa al presente proceso, que tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el grupo familiar del pensionado por vejez o afiliado que fallezca por riesgo común, de lo que se colige que el caso del causante se ubica en éste supuesto, por lo que se considera que dejó causado el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con lo cual el asunto a decidir se centra en la demostración de la convivencia efectiva con el causante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

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>.

Tal criterio, ha sido ratificado en las sentencias CSJ SL3843-2020, SL3626-2020, SL4606-2020, SL414-2021, SL362-2021 y SL1905-2021, en esta última precisamente se reiteró que *«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 pensión de sobrevivientes por 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».

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

Ahora bien, dados los hechos en que se enmarca la presente causa, debe precisarse que en la providencia CSJ SL5524-2016, el Alto Tribunal consideró que cuando las reglas de la Ley 100 de 1993 protegen el grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece con la prestación de sobrevivientes, tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual con solidaridad, comprende también a las parejas del mismo sexo, quienes gozan de libertad probatoria para demostrar la condición de compañero (a) permanente, así como el término de convivencia para acceder al derecho en los mismos términos establecidos para las parejas heterosexuales. Libertad probatoria de la que también se desprende que, en asuntos como el presente, no hay tarifa legal de medios de convencimiento, para examinar el requerimiento legal de convivencia entre la pareja de compañeros.

De igual modo, se ha establecido la obligación de los jueces de analizar la situación con enfoque diferencial, tal como se trajo a colación en la sentencia CSJ SL3429-2021, destacando la decisión de la Sala de Casación Civil, en sentencia CSJ STC2287-2018, sobre lo que significa juzgar con perspectiva de género:

> *«[…] recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar*

> *la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niño, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; es tener conciencia de que ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, ameritando en muchos casos el ejercicio de la facultad-deber del Juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa».*

Descendiendo al caso sub examine, bajo los parámetros expuestos, se observa en el cauce del debate probatorio que al presente juicio se recaudaron los interrogatorios de parte que en su orden se sintetizan de la siguiente manera:

El demandante **LUIS JORGE CASTRO CHITIVA,** refirió que era la pareja del causante, que el 05 de octubre de 2018 iban a cumplir 17 años de relación; que tenían una unión marital de hecho pero no tenían ningún documento ni inició la declaratoria de la unión porque no tenía cabeza para preocuparse de la parte cuando murió el causante, explicando que no acudió al proceso de sucesión que iniciaron la madre y la hermana por la misma razón; que comenzó la relación y a vivir con el causante desde 2001 en el apartamento de Santa Barbara, lugar en el que también vivía la madre del causante; que también vivieron juntos en un apartamento en Fontibón; que siempre convivieron, salvo las veces que tuvo que ir a vivir fuera del país por su trabajo (entre los años 2002 y 2006, pero eran temporadas cortas de 4 o 6 meses); que decidió no viajar más para no estar lejos del causante, sin embargo, aproximadamente en el 2012 tuvo que ir a Medellín y arrendó el apartamento de su propiedad ubicado en Santa Paula, por lo que al regresar a Bogotá volvió a vivir en Santa Barbara con el causante; que ese apartamento de su propiedad estuvo arrendado hasta hace un año porque primero lo arrendó a una extranjera durante 4 años y luego lo dejo en *Airbnb*, así que lo arrendaba por días y a veces lo tomaba para ir a estar sólo con el causante durante unas semanas; que mientras él estuvo viviendo en otras ciudades, el causante vivía en Santa Barbara; que vivían en los diferentes apartamentos según lo más conveniente, es decir, que se quedaban en Santa Barbara, Hayuelos o Santa Paula según lo que les fuera mejor, de acuerdo a la cercanía con sus clientes o trabajo; que el causante falleció de un infarto mientras estaba en el gimnasio, explicando que hablaron a las 6 pm y a las 8 pm volvió a llamarlo para saber cómo le había ido pero le contestó una persona del gimnasio y le dijo que el causante había sufrido un infarto, así que le avisó a la hermana de aquel y se dirigió al gimnasio inmediatamente; que el señor Oscar Darío (el primo) se ofreció para ir a Medicina Legal para que le entregaran el cuerpo del causante y después fueron todas las exequias, explicando que entre él, la hermana y el señor Oscar discutieron a que seguro acudir para cubrir los gastos de las exequias; que las cenizas del causante están en una iglesia. Que ambos tenían ropa en Hayuelos y en Santa Barbara; que no

se tenían como beneficiarios en pensión ni en salud porque cada uno pagaba eso; que en noviembre y diciembre de 2017 también se interrumpió la convivencia porque él tuvo que salir a Ecuador a dictar un curso; que el causante también tenía compromisos en Estados Unidos para dictar congresos, etc. Que la señora Melba y la hermana del causante niegan que él y el causante vivían juntos porque no les conviene que él sea reconocido como la pareja de aquel, dado que tenían una relación excelente, pero en el momento en el que hablaron del tema económico se rompieron los lazos de comunicación, lo trataron mal, lo excluyeron de la sucesión, etc. Que ellos dos vivían en Hayuelos y en Santa Barbara porque eran los lugares en los que vivían sus madres; que en el apartamento de Santa Barbara habían 3 habitaciones, una para la hermana, otra para la mamá del causante y otra para aquel y él como su pareja; que en Hayuelos había una habitación para ellos donde dormían juntos; que en ambos apartamentos tenían ropa de ambos; que vivieron juntos solos desde el 2007 hasta el 2012 en Santa Paula, porque en esa fecha él se fue a Medellín y arrendó el apartamento; que habían comprado un apartamento juntos en Los Lagartos pero lo vendieron porque no les gustó dado que quedaba muy lejos y tenía malos acabados; que vivían en los dos apartamentos porque como sus apartamentos vivían arrendados les salía más rentable vivir así y no tenían ningún inconveniente; que compraron dos apartamentos de manera independiente en el mismo edificio porque siempre les gustó invertir en la finca raíz y habían programado alcanzar independencia económica para el 2019; que sólo estuvo cesante como tres o cuatro meses, tiempo en el que el causante pagó las administraciones de sus apartamentos y los servicios públicos; que durante el tiempo que vivieron en las casas de sus mamás hacían un control de gastos para asumirlos de forma equitativa, explicando que los gastos del apartamento de Santa Barbara eran pagados con los arriendos de los apartamentos del causante; que nunca vieron necesidad de constituir la unión marital de hecho de forma legal porque estaban bien y no pensaban en que uno de los dos iba a faltar. Que cuando vivían por fuera de Bogotá se llamaban (él y el causante) todos los días, viajaban para visitarse y aprovechaban las vacaciones para verse.

La señora MELBA AQUILINA MUÑOZ, mamá del causante, declaró que es pensionada por el ISS (pensión de vejez), que el monto es un poco más del salario mínimo, que su pensión es baja, que vivía con lo de los arriendos de los apartamentos de su hijo porque eran sumas que le consignaban a ella; que esos apartamentos quedaron a nombre de ella luego de la sucesión; que en vida de su hijo (el causante) no había ningún bien a su nombre; que su hijo era ingeniero de sistemas; que trabajó en la U de los Andes, luego en Colsanitas y finalmente con el gobierno americano en una oficina constituida para devolver tierras; que cree que el último salario de su hijo fue aproximadamente de 7 millones; que su hijo invertía su salario en compra de

apartamentos; que ella conoció a Luis Castro (el demandante) como un amigo de su hijo, que el demandante iba los sábados a almorzar a la casa pero que el último año sólo fue como dos sábados; que nunca vio pertenencias de otra persona en el closet de su hijo; que desde 1996 su hijo vivió con ella hasta cuando murió; que a veces el causante almorzaba y se iba el domingo pero no sabe para dónde; que conoció a otro amigo de su hijo, llamado Nico, que era extranjero y que se había ido a quedar unos días al apartamento con ellos, que habían hecho unos viajes juntos al Amazonas y a las Islas Margarita; que nunca le tocó el tema sobre su sexualidad; que en los 15 días anteriores al fallecimiento del causante, aquel compró un apartamento con su otra hija, es decir, la hermana del causante (que también vivía con ellos); que los gastos de la casa son la administración de aproximadamente $580.000 para el 2018, los servicios que son aproximadamente $600.000, la empleada de servicio que devenga un salario mínimo, la medicina prepagada, la alimentación y el vestido; que de los arriendos de los apartamentos del causante recibía aproximadamente $4.500.000 y de eso sobraban apenas $500.000 que ahorraban para pagar prediales; que su hija María Antonieta le daba aproximadamente $2.000.000 para ayudar con los gastos de la casa pero se los entregaba al causante; que ella se gastaba su pensión en ayudar a otras personas o comprar regalitos para sus hijos; que consideraba al demandante un buen amigo, un hombre dedicado a su familia; que su hijo tenía un seguro de vida a nombre suyo y de su hermana María Antonieta, el cual fue de 300 millones; que ella organizó el sepelio con ayuda de su sobrino; que al sepelio asistieron sus ocho hermanos, es decir los tíos del causante, la familia del demandante, las amigas de la iglesia, las compañeros de la Universidad y colegio del causante; que los asistentes del sepelio trataban al demandante como un amigo de la familia. Que conoce al demandante desde después del año 2000; que el demandante dormía en el sofá cuando se quedaba en la casa; que el demandante estuvo en una celebración en la casa de su hermana, pero no recordó otra ocasión; que también el demandante asistió al matrimonio de Toñi (la hermana del causante); que fueron a San Andrés con el demandante y su familia; que sabe que su hijo se iba de viaje, pero no sabe con quién.

De igual manera, la parte actora llamó a testificar a los siguientes señores:

SERGIO LEONARDO BLANCO PINTO declaró que no tiene ningún parentesco con el demandante pero que lo conoció hace aproximadamente 17 o 18 años en un paseo a Melgar que organizó otro amigo, en donde conoció también al causante por ser la pareja del demandante; que siempre conoció al demandante y al causante como una pareja porque asistían juntos a los eventos con amigos, cumpleaños y demás como una pareja; que conoció el apartamento que aquellos habían comprado en Los Lagartos; que la pareja decía que querían manejar el tema sin nada legal por evitar

problemas con la familia, por lo que estaban esperando que la mamá del causante falleciera para hacerlo oficial, porque tal vez no estaría de acuerdo; que fue al apartamento de la mamá del causante (Santa Barbara) una vez y en esa ocasión se quedaron juntos el demandante y el causante, por lo que intuye que la madre sí conocía la relación; que según lo que le contaba el demandante, su relación con la madre del causante era muy buena, casi de una madre con un hijo, agregando que después del fallecimiento, el demandante se quedó varios días con ella acompañándola; que el causante vivía en la Calle 117 con su madre y su hermana; que el demandante vivía más que nada en Santa Paula en la 104 pero por su trabajo había vivido en otras ciudades y países, que más recientemente vivía en Hayuelos; que en el apartamento de la 104, el demandante vivía con el causante aproximadamente en el año 2012; que en el apartamento de Hayuelos vivía la mamá del demandante, que allí también iba a visitarlo el causante; que en el sepelio las personas se acercaban a saludar al demandante y a darle el pésame, así que pudo concluir que aquel era conocido por muchas de las personas que asistieron allí y había una relación cordial; que siempre los vio como una pareja y para él siempre vivieron juntos, salvo cuando alguno viajaba pero no puede decir con exactitud entre qué años se dio la convivencia porque manejaban la alternancia de estar en uno y otro apartamento; que la pareja fue a viajar a Europa durante un término de 3 o 5 meses. Que viajó con la pareja a algunas fincas, Girardot, entre otros; que el trato de la pareja dependía del lugar, si estaban en un lugar donde podían ser rechazados el trato era discreto como el de dos amigos muy cercanos, mientras que en reuniones de personas homosexuales el trato era totalmente afectuoso porque no iban a ser juzgados; que la familia del demandante sí conocía de la relación de la pareja y que trataban al causante como parte de la familia; que la pareja tenía un proyecto de vida, en cuanto viajaban juntos, compraron un apartamento en Los Lagartos juntos y sólo estaban esperando que la madre del causante falleciera para formalizar. Que el causante vivía con su mamá y su hermana y como pareja con el demandante; que no sabe con exactitud cuántos días se quedaban juntos y en qué apartamento, sino que cree que los fines de semana se alternaban para estar en el apartamento de Hayuelos y en el de Santa Bárbara; que intuye que no quisieron vivir juntos solos por temor a la madre del causante.

EDISON RICARDO ORTIZ declaró que es amigo del demandante desde hace 16 o 17 años; que conoció al causante porque era la pareja del demandante, dado que fueron todos a un centro comercial hace aproximadamente 16 años; que el causante vivía en Bogotá en la 116 con el demandante, su madre y su hermana; que la pareja estaba alrededor del 75% y 90% del tiempo juntos; que pasaban planeando qué hacer los fines de semana y a dónde viajar; que el demandante vive en Hayuelos y el causante en la 116; que la pareja convivía en espacios compartidos, es decir, con la

madre y hermana del causante y con la madre del demandante en Hayuelos; que la pareja también vivió un tiempo sola en el apartamento de la Calle 106 y también podían vivir en los apartamentos del causante; que visitaba a la pareja por ahí una o dos veces al mes, explicando que fue al apartamento en la 106 como cinco veces, también al apartamento de la 116, en la Cofradía; que la madre y la hermana del causante tenían una relación cordial y amable con el demandante, ya que sabían que era compañero del causante; que por la condición sexual de la pareja, en la calle no se daban manifestaciones de afecto por temor a ser motivo de burla, mientras que en espacios cerrados como las fiestas sí tenían esas manifestaciones; que la pareja era muy organizada con sus presupuestos y que tenían forma de obrar similar porque destinaban una parte a ahorro, otra a invertir y así; que un par de veces la pareja invirtió en la compra de apartamentos de forma conjunta; que siempre estaban juntos, pensaban el uno en el otro y no se abandonaban. Que recuerda una ocasión en la que el causante tuvo que someterse a una cirugía de colon y el demandante estuvo acompañándolo, que lo sabe porque él le hizo el favor al demandante de reemplazarlo en una clínica un rato mientras él iba a cumplir un compromiso laboral; que recuerda haber compartido con la pareja muchos almuerzos y cumpleaños. Que la pareja tenía la prioridad de invertir en finca raíz, aclarando que a veces no invertían de manera conjunta porque a veces uno tenía el dinero y el otro no. Que el causante vivía en el apartamento de la 116 con 9ª, desde hace más de 16 años porque allí lo conoció; que en la actualidad el demandante vive en Hayuelos, pero antes del fallecimiento del causante, aquel vivía en diferentes lugares.

RICARDO GUARIN CARDONA declaró que es amigo del demandante hace aproximadamente hace 15 años, dado que ha compartido con él en varias reuniones de amigos; que conoció al causante como la pareja del demandante; que la pareja tenía varios apartamentos entonces se quedaban a veces en la casa del causante, otras veces en donde la mamá del demandante o en alguno de sus otros apartamentos, sin poder decir dónde vivía exactamente el causante al momento de su muerte; que conoció a la familia del causante en su sepelio; que en el momento del sepelio, le sorprendió el hecho de que el demandante estuviera tan cerca de la madre del causante y se percató de que todos allí lo trataban muy bien; que percibió que el trato entre el demandante y la familia del causante era de mucho amor, respeto y muy cercano; que sabe que en las salidas, la pareja se turnaba los gastos o pagaban los dos, que enviaban los regalos a nombre de ambos; que escuchaba que tenían interés de invertir en apartamentos; que sabe que la pareja vivió en la 106, pero también estaban de un lado a otro; que la pareja sí estaba planeando organizarse formalmente a futuro pero tenían que solucionar algunos temas familiares; que en público la pareja no se podía comportar como cualquier pareja, sin embargo en los lugares donde no

hubiera señalamientos se comportaban como cualquier pareja; que cree que la pareja no se fue a vivir sola porque no superaron esas barreras sociales; que todo el círculo familiar del causante sabía la relación de aquellos.

La señora Melba Aquilina Muñoz, citó a declarar a las siguientes personas:

MARIA ANTONIETA VALLEJO MUÑOZ, hermana del causante, señaló que, aquel vivía en la Calle 117 9 a 41 apartamento 202 con su mamá y con ella; que el causante trabajaba con una agencia del gobierno americano que se dedicaba a la restitución de tierras; que más o menos ganaba 7 millones; que el causante tenía unos inmuebles, así que recibía lo de los arriendos que era administrado por su mamá (la accionada Melba), explicando que el causante ayudaba con los gastos de la casa, hacía inversiones y pagaba sus gastos personales; que la pensión de su mamá le servía para comprar regalitos y cosas así; que menos de un mes antes de la muerte del causante, habían decidido comprar entre los dos un apartamento en chapinero alto; que conoció al demandante como un amigo de su hermano, aproximadamente en el 2006; que el demandante iba a almorzar los sábados a la casa, excepto el último año porque casi no fue; que su madre respetó siempre las decisiones del causante, que siempre se aceptaron tal como eran; que el causante les decía que se iba a vacaciones, algunas veces con el demandante pero no sólo con él, sino con más personas; que el demandante y el causante siempre se hablaban de usted y se saludaban de mano; que nunca vio pertenencias de alguien más en la habitación de su hermano; que cuando el causante se quedaba por fuera de la casa era generalmente los sábados pero no era algo habitual, sino que lo hacía cuando iba a tomar para no angustiar a su madre; que al sepelio asistió el demandante, pero los demás asistentes no le daban un trato especial como pareja del causante, sino como el de un amigo de aquel; que ellos como hijos respondían por los gastos del apartamento, de forma que la pensión de la madre la podía usar para lo que quisiera; que los gastos son: la administración, los servicios públicos, la alimentación; que ella le pasaba al causante su contribución que era de $2.300.000, por lo que los gastos ascendían a más o menos $4.600.000. Que el causante nunca vivió solo o con otra persona, siempre vivió con ella y su mamá, que sólo salía cuando iba de viaje o a compromisos laborales; que el demandante pasó la noche en su casa aproximadamente unas 3 veces pero dormía en el sofá; que el demandante vivía con su madre en Hayuelos; que no sabe si dormían juntos en el apartamento de Hayuelos pero que cree que no; que una vez el causante y el demandante compraron un apartamento juntos pero lo vendieron, nunca vivieron allí, sino que fue una inversión; que el demandante nunca aportó nada para los gastos de la casa; que el causante no aportaba nada para los gastos de la casa del demandante. Que sabía que el causante era homosexual desde aproximadamente

1998; que nunca habló sobre eso con su madre; que la última pareja que le conoció a su hermano fue un muchacho que se llamaba Rodrigo, aproximadamente en el 2008 o 2009, que conoció también a otro muchacho que se llamaba Cesar. Que fue a vivir un mes a un apartamento del demandante ubicado en Santa Bárbara; que al sepelio del causante fueron primos, amigos de la Universidad, del colegio y el demandante. Que el causante percibía de arriendos entre $3.800.000 y $4.200.000; que se adelantó un juicio de sucesión por los bienes de su hermano y se falló íntegramente a favor de su madre, explicando que el demandante no se hizo parte en el proceso, agregó que en ese proceso el juez ordenó que se pagara la pensión a su madre pero no la cobraron porque fueron notificados del sub lite; que el causante y ella pagaban todos los gastos por mitades; que antes de la muerte del causante su madre podía gastar su pensión en lo que ella quisiera porque es un monto bajo.

OSCAR DARIO MUÑOZ MUÑOZ, primo hermano del causante, sobrino de la señora MELBA; mencionó haber conocido al demandante el día de la muerte del causante; que el causante vivía en la Calle 117 debajo de la carrera 9ª con su madre y con su hermana María Antonieta; que veía frecuentemente al causante en las fechas especiales y demás porque ambos perdieron a su padre desde niños entonces sus madres al ser hermanas se veían mucho; que no conocía la orientación sexual del causante; que nunca vio al demandante en las reuniones familiares; que invitó al demandante a su casa después de la muerte del causante porque lo vio presente en el gimnasio (donde le dio el infarto al causante) y en el sepelio, por lo que le pareció correcto invitarlo a esa reunión familiar; que el causante invertía su salario en propiedades, en viajes, en su carro y en su madre y en su hermana porque eran su prioridad; que el causante era la cabeza de la casa y se hacía cargo de los gastos junto con su hermana María Antonieta, dado que la madre de aquellos tenía unos ingresos bajos; que la madre de aquellos usaba su pensión para sus gastos personales, como elementos de aseo personal. Que él se encargó de organizar el sepelio del causante; que en esas diligencias en las que él estuvo organizando todo lo del sepelio nunca se apareció el demandante.

IVAN LIBORIO RIVEROS declaró que tuvo una relación amorosa con la hermana del causante, es decir con la señora María Antonieta, tiempo en el que conoció al causante desde el 2015; que el causante vivía en la calle 117-9 a 41 apartamento 202, en donde vivía con su madre y su hermana; que conoció al demandante porque iban a almorzar los fines de semana a la casa del causante; que el demandante y el causante eran amigos, que se enteró de que tenían una relación amorosa después del fallecimiento; que el causante vivió con su hermana y con su madre hasta que falleció; que cuando él se quedaba en la casa del causante (los fines de semana) nunca vio que aquel se quedara con alguien y menos con el demandante o que pasara la noche fuera

de la casa; que los gastos de la casa se los distribuían entre la madre que era pensionada, la hermana y el causante. Que fue de viaje con el demandante en una ocasión que fueron a Villa de Leyva, explicando que él hacía sus planes con María Antonieta (la hermana del causante) y el causante hacía sus planes con el demandante, que la mamá de aquel se iba con cualquiera de los dos.

Como pruebas documentales se aportó una serie de fotografías de folios 15 a 29 donde se muestran, al parecer, al actor y al causante compartiendo en distintos lugares, al parecer de Colombia y otros países, según la descripción que realiza la parte actora en las mismas. Adicionalmente, se observa el informe de investigación efectuado por la firma DECRIM LAWYERS GROUP S.A.S. para PROTECCIÓN en aras de verificar extra judicialmente el requisito de convivencia entre dicha pareja, incluidas las entrevistas realizadas para tal fin (fls. 140 a 201), de allí se evidencia que rindieron entrevistas además de la señora Melba Muñoz, madre del causante, la hermana del mismo quienes declararon en similares términos a los atrás mencionados en el presente proceso.

De igual manera, rindió entrevista la señora GILMA STELLA CHITIVA ANGEL, de *«profesión Hogar, residente en la Carrera 82 No. 17-95 Torre 8 Apto. 602 Lantana Real Hayuelos Bogotá D.C. Cundinamarca, Tel. 300-5567235, en calidad de SUEGRA del Causante, en entrevista personal, libre y voluntaria, el día 27 de agosto de 2019 en Bogotá D.C., manifestó lo siguiente:*

Conoció a ALVARO VALLEJO (causante) desde el año 2001, cuando JORGE su hijo (reclamante) lo llevo al apartamento de Fontibón Cofradía. El estado civil de ALVARO VALLEJO (causante) era de unión libre con su hijo LUIS JORGE CASTRO CHITIVA (reclamante), el causante no tuvo hijos, considera que su hijo LUIS JORGE CASTRO CHITIVA (solicitante) debe ser el reclamante, por la relación que tuvo con ALVARO (causante) durante diecisiete (17) años.

Tiene conocimiento de la convivencia desde el año 2001, siendo continua y estable hasta la fecha de fallecimiento del causante. Las únicas interrupciones fueron por razones laborales del reclamante en otras ciudades y países, pero el causante viajaba donde estuviera el reclamante. El causante era Ingeniero de Sistemas de la Universidad de los Andes. El causante y el reclamante convivieron en el apartamento del reclamante en Santa Paula carrera 106 con 13, en Santa Barbara 127 con 7A. Para la fecha de fallecimiento del causante estaban conviviendo en el apartamento de Santa Barbara con MELBA MUÑOZ y MARIA ANTONIETA (Toñy). Da testimonio que tuvo conocimiento de la relación del causante con el reclamante, desde el inicio hasta el fallecimiento del causante, siempre los apoyo».

De la señora NURY ANDREA CASTRO CHITIVA se dejó sentado lo siguiente: *« profesión Fisioterapeuta, residente en la Carrera 87B No. 19A-2 Torre 5 Apto. 802 Hayuelos Bogotá D.C. Cundinamarca, Tel. 321-3803809, en calidad de CUÑADA del Causante, en entrevista personal, libre y voluntaria, el día 27 de agosto de 2019 en Bogota D.C., manifestó lo siguiente:*

Conoció a ALVARO VALLEJO (causante) desde el año 2001, tiempo en el que su hermano (reclamante) se los presento, desde entonces conformo o fue parte de la familia.

El estado civil de ALVARO VALLEJO (causante) unión libre con su hermano LUIS JORGE CASTRO CHITIVA (reclamante), el causante no tuvo hijos, considera que su hermano (solicitante) debe ser el reclamante de la pensión, ya que compartió vida con el causante desde hace diecisiete (17) años, la cual lo hace con derechos, que cualquier vida conyugal tiene derecho, en esta relación se edificaron económicamente con apoyo moral y construcción de vida económica.

Tiene conocimiento de la convivencia de ALVARO VALLEJO (causante) y su hermano LUIS JORGE CASTRO (reclamante), desde el año 2001, la relación fue continua desde ese año hasta la muerte del causante, con estabilidad en la relación, las únicas interrupciones ocurrieron por viajes de trabajo del reclamante en otros países y ciudades, pero el causante viajaba donde se encontrará el reclamante.
El causante se dedicaba a su profesión de Ingeniero de Sistemas.

Los sitios donde convivieron el reclamante y el causante fueron en el apartamento del reclamante en la 106 con 13, en Santa Barbara y Hayuelos.

Para la fecha del fallecimiento del causante estaban viviendo en el apartamento en Santa Bárbara, allí vivían con la mamá del causante MELBA MUÑOZ y la hermana del causante MARIA ANTONIETA VALLEJO (Toñi).

Da testimonio que el reclamante y el causante estuvieron juntos desde el 2001 y se tuvo conocimiento de ello, nuca se discrimino la relación y existió apoyo».

El padre del demandante señaló en su entrevista que *«Conoció al señor ALVARO VALLEJO (causante) más o menos dieciocho (18) años, era pareja de su hijo JORGE, hasta que se enteró el causante no tuvo hijos, considera que el reclamante de la pensión debe ser su hijo JORGE (solicitante), porque eran pareja y convivieron más o menos dieciocho (18) años.*
Tiene conocimiento de la relación desde que la iniciaron, siempre estuvieron los dos (02) sin separarse, solamente por la muerte inesperada de ALVARO (causante).
El causante era Ingeniero de Sistemas con posgrados, graduado en Londres Inglaterra y trabajaba como empleado.
Su convivencia era en la casa del causante en Santa Barbara, en el apartamento de ellos en Santa Paula, o en Lantana Real Hayuelos, acostumbraban a viajar a diferentes partes de Colombia o fuera del país en épocas de vacaciones.
Cuando el causante fallece convivían en Santa Barbara, con la mamá y la hermana del causante.
Puede dar fe que la relación del causante con el reclamante fue continua, sin separarse hasta el fallecimiento del causante».

El señor RODERICK SANTIAGO ARIAS CASTRO, *«en calidad de SOBRINO del reclamante, en entrevista personal, libre y voluntaria, el día 01 de septiembre de 2019 en Bogotá D.C., manifestó lo siguiente:*
Conoció a ALVARO (causante) desde los cuatro de edad, siempre ha estado enterado de la relación entre su TIO (reclamante) y ALVARO (causante), pero nunca vio la necesidad de comentarlo, el causante no tuvo hijos, considera que el reclamante debe ser su TIO JORGE (solicitante), porque siempre estuvieron juntos.
Tuvo la oportunidad de compartir muchos momentos con ellos dos (02) y su familia, viajes por Colombia.
Tiene conocimiento de la relación de ellos (causante – reclamante) desde su infancia, escucho a sus abuelos hablar sobre ello, su relación fue continua hasta que el causante falleció.

Tiene conocimiento que ellos compartieron apartamento el La Cofradía Fontibón, luego en la 106, luego en Santa Bárbara y Hayuelos.

El causante tenía como profesión Ingeniero de Sistemas, sabe que trabajo en la Universidad de los Andes, donde culminó sus estudios, no recuerda el nombre de la última empresa donde laboro.

Cuando el causante fallece vivía con el reclamante en Santa Bárbara, junto con la mamá del causante señora MELBA MUÑOZ y su hermana TOÑI MUÑOZ.

Puede dar testimonio que la relación del causante con el reclamante fue continua, sin separarse».

BEYANIRA ROA MEDINA, señaló que fue empleada de la madre del causante que *«Conoció al señor ALVARO (causante) desde que tenía dieciséis (16) años y trabajaba para el señor EMIRO, quien es hermano de la señora MELBA MUÑOZ quien es la madre del señor ALVARO (causante), con don EMIRO trabajo hasta que cumplió los diecinueve (19) años.*

Cuando cumplió los veintidós (22) años se fue a trabajar en el apartamento de la señora MELBA MUÑOZ, trabajando con ella tres (03) años hasta que cumplió los veinticuatro (24) años y se retiró.

Don ALVARO (causante) vivía en unión libre con don JORGE (reclamante), el causante no tuvo hijos, piensa que el reclamante debe ser su pareja, porque vivieron muchos años en unión libre.

Cuando cumplió los diecisiete (17) años tuvo conocimiento de su relación, cuando se retira siguió hablando con doña MELBA y sabía que ellos seguían juntos, siendo continua hasta que el señor ALVARO (causante) falleció, estuvo en su entierro.

Durante los tres (03) años que trabajo con la señora MELBA, se pudo dar cuenta que ellos compartían tiempo allá en el apartamento, dormían en la misma habitación, también vivían en el apartamento que ellos tenían en Hayuelos, tenía conocimiento que ellos viajaban por Europa, por Colombia, iban a cine, salían a comer.

Sabía que el causante trabajaba en una empresa, pero no sabía qué cargo tenía.

Para el fallecimiento del causante vivía con su mamá, su hermana Toñita y el reclamante en el apartamento cerca de Hacienda Santa Barbara.

Puede dar testimonio que el causante y el reclamante fueron pareja y convivieron hasta que ALVARO (causante) fallece».

CARLOS FABIAN BLANDON JEREZ, en calidad de amigo del causante y el demandante, sostuvo que *«Conoce a ALVARO VALLEJO (causante) y JORGE CASTRO (reclamante), desde el año 2003.*

El estado civil del causante era pareja (unión libre) con el reclamante, el causante no tenía hijos, considera que la pensión del causante debe ser asignada a JORGE CASTRO (reclamante), ya que él era su pareja legitima, diecisiete (17) años de convivencia.

El causante y el reclamante convivían desde que los conoció, es decir cerca de diecisiete (17) años, efectivamente fue una convivencia continua, hasta la fecha de fallecimiento del causante.

Lo que conoció de la relación de pareja del causante y el reclamante, fue sencillamente una relación estable y armoniosa, una relación de apoyo y soporte mutuo entre los dos.

Su relación de convivencia la tuvieron en sus apartamentos de la 106, Santa Barbara, Usaquén y Hayuelos.

El causante trabajo para la Universidad de Los Andes y últimamente para una ONG.

Compartimos como amigos en reuniones en nuestras casas, en paseos de amigos, cumpleaños etc.

Para la fecha del fallecimiento del causante, ellos (ALVARO y JORGE), vivian en el apartamento de Santa Barbara Bogotá, convivían con la mamá de ALVARO (causante), señora MELBA.

Estuvo en las exequias del causante y siempre vio al reclamante en todo momento con la mamá y la hermana del causante, en primera fila, como una familia amorosa».

RICARDO DE LA CRUZ GUARIN CARDONA, AMIGO del causante y el reclamante, señaló que *«Conoció a ALVARO (causante) y JORGE (reclamante), hace quince (15) años.*

El estado civil del causante era unión libre con el reclamante como pareja, el causante no tenía hijos, considera que la pensión del causante debe ser asignada al reclamante, pues era su pareja ante todos sus amigos y conocidos.

Tiene conocimiento que tenían convivencia desde el momento en que los conoció, hace casi quince (15) años, la relación fue continua durante todo el tiempo, siempre estaban los dos, y así fue hasta el fallecimiento del causante.

Durante el tiempo que los conoció como pareja se notaba que tenían una relación armoniosa y con demostraciones de cariño mutuo, afecto y respeto.

Estuvo en varias ocasiones en los apartamentos que compartían (Santa Barbara, Usaquén etc.), compartieron con ellos muchos lugares, paseos, incluso en su casa en varias reuniones.

El causante trabajo mucho tiempo en la Universidad de Los Andes y sabe que también trabajo con una ONG.

Para la fecha del fallecimiento del causante estaban viviendo en Santa Barbara con la mamá de ALVARO (causante).

El reclamante estuvo en las exequias del causante y lo acompañaron junto con la mamá y la hermana del causante».

EDINSON RICARDO NEIRA ORTIZ, AMIGO del causante y el reclamante, sostuvo que *«Conoció a ALVARO (causante) y JORGE (reclamante), hace quince (15) años.*
El causante vivía en unión libre con LUIS JORGE CASTRO CHITIVA (reclamante), el causante no tenía hijos, considera que la pensión del causante debe ser asignada al reclamante, por ser pareja durante diecisiete (17) años.

Tiene conocimiento de su convivencia hace quince (15) años, su relación fue continua durante todo el tiempo de conocerlos hasta la fecha del fallecimiento del causante.

Los conozco como pareja desde hace quince (15) años, siempre estaban juntos cuando nos veíamos en fiestas, restaurantes, cines, haciendo deporte, siempre evidenciando el amor y aprecio que los unía.

Conocía su convivencia en Hayuelos, Santa Barbara, el apartamento de la 106, Chapinero etc.
El causante era Ingeniero de Sistemas para una ONG.

Compartió con ellos en fiestas, restaurantes, diferentes parques, cines.

Al momento de fallecer el causante, se encontraban viviendo en Santa Barbara, conviviendo con doña MELBA la mamá del causante y su Hermana.

No pudo estar en las exequias porque no estaba en la ciudad».

JORGE ALBERTO JARAMILLO BUITRAGO, también amigo del causante y del reclamante, mencionó que *«Conoció a ALVARO (causante) y JORGE (reclamante), hace siete (07) años.*

El estado civil del causante era en unión libre con JORGE CASTRO (reclamante), el causante no tenía hijos, considera que la pensión del causante debe ser reclamada por JORGE (solicitante), porque son pareja desde hace diecisiete (17) años.

Tiene conocimiento de la convivencia del causante con el reclamante desde que los conoció hace siete (07) años, su relación fue continua desde que los conocí hasta su fallecimiento.
Desde que los conoció siempre estuvieron juntos, estaban en sus cumpleaños y reuniones especiales, hablaban de la vida en pareja, demostrándose siempre el amor y compromiso que tenían el uno por el otro.
Tuvo conocimiento de su convivencia en el apartamento de Santa Barbara y Hayuelos.
El causante era Ingeniero de Sistemas, sabía que trabajaba para una ONG y un tiempo para la Universidad de Los Andes.
Compartieron con ellos en la casa del entrevistado y su pareja, casas de amigos y en sitios de reuniones sociales.
Para la fecha del fallecimiento del causante, ellos (causante-reclamante) vivían en Santa Bárbara con la familia del causante, con la mamá del causante.
Estuvo en las exequias del causante y vio al reclamante con la Mamá y la Hermana del causante, como una familia».

Dilucidado lo anterior, para la Sala del acervo probatorio antes mencionado y con apego a las reglas de la sana crítica y en armonía con lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, en sentir de la Sala no se encuentra plenamente acreditado en el plenario que el accionante haya convivido con el causante en la forma requerida por las disposiciones legales y alcances jurisprudenciales vigentes. En efecto, la prueba testimonial en armonía con la prueba documental referenciada, permiten concluir que, si bien se vislumbra una relación de pareja, no se materializa la convivencia como compañeros permanentes a la fecha de fallecimiento del causante.

Analizada en forma detallada la situación descrita tanto por el demandante desde la demanda, pasando por el interrogatorio de parte rendido en el proceso, es posible advertir una serie de imprecisiones y cuestiones inverosímiles que impiden admitir el

requisito de la convivencia, en la forma exigida legalmente, pues en primer lugar, por un lado se manifiesta que nunca llegó formalizarse la unión por temor a la madre del causante, pero por otro lado, se indica por parte de los testigos y entrevistados que sí vivían en el mismo apartamento como pareja junto a la madre y a la hermana del causante para la fecha del fallecimiento, situación que es diametralmente opuesta al hecho de que la convivencia era por una especie de turnos, en distintos apartamentos. Ello desdice del requisito que exige la jurisprudencia actualmente para configurarse la pensión por sobrevivencia, esto es, que la convivencia sea efectiva al momento del fallecimiento, lo cual se insiste, no se prueba, pues nótese incluso que quien realiza todos los trámites al momento de fallecer el causante fueron la hermana y un familiar, mientras que el demandante brilla por su ausencia, limitándose a indicar que fue él quien dio aviso tras enterarse de la muerte por teléfono.

Se insiste por parte de la Sala que aunque los testigos mencionan que la pareja convivió por más de 17 años, precisan que al momento de fallecer convivían bajo el mismo techo con la hermana y madre del causante, lo cual, estas niegan, aunque también aceptan que el demandante en ocasiones se quedaba a pernoctar allí pero en un sofá, negando que en la habitación del causante hubiesen pertenencias o ropa del actor. Además, analizados los dichos de estos, no se indica con precisión porqué les constaba lo dicho, salvo expresiones genéricas de que eran amigos de la pareja, o incluso por ser familiares, y por el contrario, se estima su parcialización en favor del reclamante encontrándose poco verosímiles en aras de, se itera, favorecer a la parte actora.

Lo anterior impide tener certeza de la convivencia como pareja en los términos legales y jurisprudenciales anotados, ya que si bien se denota que sí tenían una relación, que compartían momentos, y tenían, según el círculo de amistades, muestras de cariño o afecto, no es posible establecer de allí una relación con las características de una comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, además de la cohabitación bajo el mismo techo que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva a la fecha del fallecimiento del afiliado causante, ello incluso, a pesar de la distancia que no es óbice para determinar una convivencia en dichos términos.

Ahora, si bien no se desconoce por parte de la Sala que en caso como el que nos ocupa se debe ser más laxo en torno a la forma de abordar la prueba, en razón a que los estereotipos de pareja vigentes hasta hace poco, implicaban que a las del mismo sexo las ignoraban por temor al escarnio público, incluso al interior de sus propias

familias, y tuvieran que mantenerse bajo las sombras, ocultas, empero lo que acá se vislumbra, teniendo incluso dicho enfoque, es que la pareja tuvo una relación por varios años, donde compartieron negocios igualmente, hubo separaciones por meses, e incluso años y para el momento en que falleció el causante estos no convivían, o al menos eso es lo que se desprende de la prueba analizada, pues ni las fotografías pueden dar fe de ello, pues no se puede extraer el contexto cronológico de las mismas, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron. Aunado a lo anterior, también se evidencia que el mismo actor señala que no quiso hacerse parte del proceso de sucesión, pese a que, para ese momento, según se deduce, ya era sabido por parte de la madre del causante su relación con éste. A más de lo anterior, también llama la atención que el causante sólo haya dejado como beneficiarias de un seguro de vida a la madre y a su hermana, excluyendo al demandante (Archivo digital: *013. 2020-051 Contestacion demanda.pdf*), lo cual también da un indicio que la relación no tenía la connotación requerida por la ley y la jurisprudencia antes anotada.

Así las cosas, la Sala revocará la decisión de primera instancia en este puntual aspecto, pues no se ajusta a los parámetros legales, de conformidad con las normas y alcance jurisprudencial vigentes a la fecha de la muerte del causante.

Respecto al derecho pensional que reclama la madre del actor, se recuerda que 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].

[1] Sentencia C-111 de 2006.

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 de 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.
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, según la descripción de las pruebas antes mencionadas, se observa sin necesidad de mayores elucubraciones, que tal dependencia no quedó debidamente demostrada con las pruebas antes anotadas, de donde si bien se extrae una ayuda por parte del causante a la madre, no se evidencia que esta fuese subordinada económica de aquel y sin la cual no pudiese subsistir, máxime cuando recibe una pensión y la hermana también le ayudaba a su sostenimiento, sin que se hayan demostrado siquiera sumariamente a cuanto ascendía la ayuda por parte del causante, por el contrario, se evidencia que la señora madre del hoy fallecido con lo que percibe como renta pensional y con los demás ingresos como arriendos, ventas y otros, que se detallan en la declaración de renta obrante a folio 32, correspondiente al año 2016, son suficientes para su congrua subsistencia y demuestran que lo que le prodigaba su hijo fallecido correspondía a la ayuda de un buen hijo de familia. De ahí que tampoco deba prosperar la pretensión por sobrevivencia solicitada en calidad de madre.

---

[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»*

Conforme a lo dicho, se revocará íntegramente la sentencia 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 la parte 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,

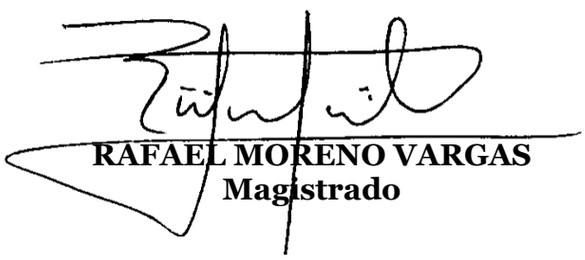
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver a la AFP PROTECCIÓN de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, incluso de las peticiones de la señora **MELBA AQUILINA MUÑOZ DE VALLEJO**, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

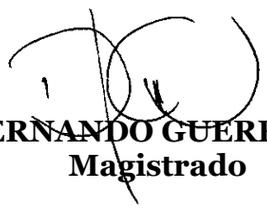
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

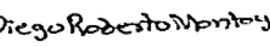
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por DORA MARIA BELLO GOMEZ contra COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-034-2019-00711-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá el 6 de julio de 2021. De igual modo, revisarla en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **DORA MARIA BELLO GOMEZ** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS por lo que resulta nulo o ineficaz la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLMENA hoy PROTECCION S.A, el 28 de enero de 1998. Como consecuencia, se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado en el 2002 a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. Que se declare que para todos los efectos jurídicos la accionante siempre permaneció en el RPMPD y advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que en el traslado al RAIS no pudo producir efectos al no haberse realizado en forma libre y espontánea. Que se condene a PROTECCION S.A. la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero que le fueron descontadas por concepto de gastos de administración y gastos de póliza por invalidez y muerte. Que

se ordene a PORVENIR S.A. la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muertes y devolución de los gastos de administración que han sido descontados, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras. Se ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación a recibir los aportes y rendimientos devueltos por PORVENIR S.A y actualizar y corregir la historia laboral, advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación. Que se falle ultra y extra petita. Además de la condena en costas a todas las entidades demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, mencionó que nació el 10 de octubre de 1964, fue afiliada al ISS hoy COLPENSIONES el 4 de agosto de 1988 donde cotizó para varias empresas. Posteriormente ante una campaña de desinformación de las AFP, firmó formulario de traslado de RPMPD al RAIS el 28 de enero de 1998, con destino a la AFP PROTECCIÓN S.A., como consecuencia de ello, la anterior situación se realizó sin tener información concreta y veraz de las consecuencias de la decisión que debió ser suministrada por PROTECCIÓN S.A. Señaló, que el asesor comercial de PROTECCIÓN omitió dar información sobre las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen pensional. Manifestó que en el formulario de solicitud o traslado para el año 1998 a PROTECCIÓN no existe constancia alguna de la que se infiriera que se le suministró información pertinente de cual pudo ser el monto pensional en los dos regímenes pensionales. Seguido de ello, al momento de trasladarse a la AFP PROTECCION el asesor comercial le informó que trasladándose al RAIS se podía pensionar a la edad que quisiera, pero omitió la información y los requisitos de las condiciones para lograrlo, el asesor del fondo privado tampoco le mencionó e informó que el monto de la mesada pensional dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta individual. Que el asesor de PROTECCION no le informó que en el RPMPD el valor de la pensión de vejez no depende del ahorro sino del tiempo acumulado en semanas de cotización, edad y salario base de cotización, tampoco informó que al momento de trasladarse a PROTECCION no le indicó que pudo hacer aportes voluntarios y que estos podían incrementar el valor de la pensión, siendo esta la única posible ventaja de trasladarse a dicho fondo privado de pensiones. Explicó, que durante su periodo de cotizaciones a PROTECCION S.A. no recibió la asesoría por el personal capacitado que debieron tener las administradoras de pensiones, sobre cual pudo llegar a ser su futuro al llegar a la edad de disfrutar la pensión, que el asesor tampoco le suministró un cálculo actuarial que le permitiera establecer la diferencia entre el

valor de la mesada pensional que obtendría en el RPMPD al RAIS, tampoco le informó cómo se conformaría el capital para la obtención de la mesada pensional, en su afán de captar afiliados, faltó a su deber profesional de analizar la situación pensional particular, para aconsejar de forma honesta y diligente sobre la conveniencia o no de dicho traslado, tampoco le informó que del valor aportado al fondo privado se descontaría el porcentaje por concepto de administración, tampoco le informó que al momento del traslado de régimen pensional, no le informó cuanto debió ser el capital que debió acumular en su cuenta de ahorro individual para poder llegar a adquirir el derecho a una pensión y con qué monto o cuanto necesito tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad o la de pensión o para mantener su mínimo vital. Manifestó que PROTECCION al momento de traslado de régimen pensional no le informó que el monto de su pensión en ese régimen se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto de afiliado como de sus beneficiarios y como influiría en su pensión. Refirió que con la competencia de mercados de las AFP se trasladó el 25 de febrero de 2002 a PORVENIR S.A., que el asesor comercial de PORVENIR tampoco le suministró un cálculo actuarial que le permitiera establecer la diferencia entre el valor de la mesada pensional que obtendría en el RPMPD del RAIS, ni los demás atrás indicados. Sostuvo que mediante escrito realizado el 5 de septiembre de 2019, solicitó a PORVENIR la anulación del traslado y una proyección de su mesada pensional, para prever sus obligaciones una vez llegue a la edad de su pensión y su empleador quede a disposición del cargo en el que actualmente se encontraba laborando. Seguido de ello, la AFP PORVENIR le dio respuesta al derecho de petición el 5 de septiembre del 2019 explicando que no era posible anular dicha afiliación. Mediante escrito radicado el 4 de septiembre de 2019 solicitó a PROTECCION la anulación de su traslado y una proyección pensional sin haber recibido respuesta alguna. Explicó, que al sentirse engañada por ambas AFP'S entendió la necesidad de regresar nuevamente al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES. Es así, como mediante su solicitud radicada ante COLPENSIONES el 4 de septiembre de 2019 la accionante solicitó el traslado y/o anulación, a efectos de retornar al RPMPD, a la fecha COLPENSIONES no ha dado respuesta alguna. Finalmente, adujo que las AFP PORVENIR y PROTECCION fueron quienes tuvieron la carga de la prueba para demostrar que cumplieron con el deber de información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de Régimen Pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas incoadas en su contra, toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se estuvo en presencia del algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), asimismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permitiera inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad, al contrario se observa que las pruebas documentales se encuentran sujetas a derecho y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; planteando que en el presente caso no se cumplen con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Formuló 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», «innominada o genérica» (Exp Dig 02. Contestación COLPENSIONES (fls. 117 a 186).

La **AFP PROTECCION S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando para tal efecto que, se encuentra frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuera para realizarlo. Que del formulario de vinculación que se suscribió, se observa que el acto se realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que tuvo la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada. Que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudo viciar el consentimiento, reiterando que el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituyó una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección. Por lo anterior, no pudo prosperar la pretensión de nulidad y/o ineficacia del traslado como pretensión principal, pues el acto jurídico que se celebró cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y por lo tanto se produjeron todos los efectos derivados de este. Formuló como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para

pedir», «buena fe«, «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones», «Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» y «genérica o innominada» (Exp Dig 03. Contestación PROTECCION (fls. 187 a 361).

La **AFP PORVENIR S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando para tal efecto que, en la medida en que el traslado inicial desde el RPMPD al RAIS fue efectuado de manera voluntaria y en ejercicio de su derecho a la libre escogencia con la AFP PROTECCION en el año 1998, según se observó en el certificado ASOFONDOS SIAFP. Sin perjuicio de lo anterior, no es procedente declarar la ineficacia referida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, puesto que opera frente a actos que impidieron o atentaron contra el derecho de afiliación al sistema, es decir, contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegaron ni se acreditaron. Por otro lado, tampoco procede la declaración de la nulidad por cuanto no existen vicios en el consentimiento, ni se evidencia causa y objetos ilícitos, en tanto que la decisión fue libre, voluntaria y espontánea. Expuso que la vinculación con PORVENIR en el año 2002, fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de la afiliación, de reiterarle el funcionamiento del RAIS, pues el traslado se realizó desde la AFP PROTECCION y de sus condiciones pensionales, tal como se apreció en la solicitud de vinculación Nº 2001-1499179 en el que se observó la declaración escrita a la que se refiere el artículo 114 de la ley 100 de 1993; documento que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT, razón por la cual el traslado de PROTECCION S.A se considera valido dentro de los términos establecidos en la ley, puesto que opera frente a actos que impidieron y atentaron contra el derecho de afiliación al sistema; es decir, contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegaron ni se acreditaron. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «excepción genérica» (03. Contestación PROTECCION (fls. 187 a 361)).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 6 de julio de 2021; declaró la nulidad del traslado realizado el 28 de enero de 1998, del

RPMPD, efectuado a través de la afiliación a PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. Condenó a PORVENIR S.A a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado. Condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado. Condenó en costas procesales a PROTECCION y PORVENIR.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha establecido el papel que desempeñan las AFP en el correcto manejo del sistema de seguridad social en pensiones en cuanto a lograr una adecuada asesoría respecto de los afiliados o potentes afiliados pues de ellos depende la escogencia del régimen que más les convenga atendiendo las necesidades económicas y sociales. En ese orden de ideas, explicó que las entidades encargadas de su administración y dirección deben garantizar que exista una decisión informada y que esa fue la que determino que el afiliado de manera autónoma, libre, voluntaria y consciente escogiera el régimen al cual quería pertenecer. Además, tal información debía ser verificable en el entendido que se deben conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que tendría. Que es la propia ley quien sanciona el incumplimiento de los deberes de información e incluso para la controversia citada. Sostuvo que la afiliación o traslado tiene sus repercusiones como lo es el derecho fundamental a la pensión y que la información se debió suministrar por las AFP y debe constar no solo como antesala de la afiliación sino en el proceso de traslado, igualmente constar la información respecto de los beneficios o inconvenientes que recaen sobre los afiliados al momento de reconocer las prestaciones. Explicó que los deberes de los fondos se deben tener en cuenta desde la antesala de la afiliación las condiciones del disfrute pensional, el deber de informar completamente y comprensible en la medida de la simetría que se tiene entre una administradora experta y un afiliado en materias de alta complejidad, una información que se debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está y cuando se trata de asuntos de consecuencias altas como la elección del régimen pensional trascienden el simple deber de información . Conforme A lo anterior, concluyó que correspondía a las AFP demostrar que hubo asimetría al momento de brindar información y por lo tanto aportar pruebas suficientes que permitieran concluir que al momento del traslado el afiliado tenía todos los

elementos de juicio necesarios para efectuar una afiliación o traslado de manera libre, voluntaria y consciente, lo cual no se demostró en el caso de marras, de ahí que se configurara la ineficacia del traslado del régimen inicial. Advirtió que debía tenerse en cuenta la especial condición de la demandante al estar vinculada a un régimen exceptuado como el docente, de modo que debió haberse informado y tener especial cuidado, teniendo en cuenta que los aportes realizados en este régimen no eran compatibles con el régimen de los docentes, debiendo habérsele subsanado de forma oportuna.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de **COLPENSIONES**, presentó recurso de alzada para que se revoque en su totalidad la sentencia emitida, manifestando que no compartía el criterio del despacho por cuanto la declaración de nulidad del traslado conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad, manifestó que existe un criterio jurisprudencial en la CSJ no era menos cierto que se deben analizar criterios y aspectos en forma individual que para el caso es otro que la accionante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional y más cuando hizo un cambio horizontal, toda vez que no se encontró disminuida su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que de su elección dependió su futuro pensional, es decir, fue negligente. Explicó que la accionante no uso los mecanismos legales como lo fueron dejar sin efectos la afiliación en su momento procesal oportuno como lo fueron la decisión y el retracto. Asimismo fue necesario tener en cuenta el pronunciamiento de la corte constitucional, que en sentencia C-242 del 2009 el magistrado ponente Mauricio González respecto a la sostenibilidad financiera en el sistema pensional como principio constitucional contemplado en el artículo 48 de la CPC y adicionado por el artículo 1 del acto legislativo 1 del año 2005, reiteró y recalcó que en principio debió primar el interés público al interés particular, por que dicha declaración que se hizo afecta el patrimonio público por cuanto la entidad al momento de pagar una pensión que apenas va a percibir la accionante, dado que el ahorro que hizo en forma individual no financia ninguna pensión del RPMPD y su propio ahorro, no es suficiente para financiar su propia pensión. Agregó que no acreditó los perjuicios en el sentido de que no se sufrió alguna lesión, la cual en todo caso debió probarla.

El apoderado judicial de **PORVENIR S.A** apeló la decisión manifestando para tal efecto que el traslado de régimen y posterior traslado entre administradoras del RAIS, ocurrió la primera etapa el deber de información; que conforme a las semanas y edad que tenía para dicho momento no renunció ni perdió ningún beneficio

pensional, según el efecto de los parámetros de la línea jurisprudencial, que hizo énfasis en la pérdida o renuncia de beneficios pensionales al momento de traslado de régimen que conllevó a considerar un traslado automático de la carga probatoria a cargo de las demandadas, pero que la accionante frente a su situación en concreto no renunció o perdió un beneficio de carácter pensional; que su vinculación al RAIS se hizo bajo los lineamientos de la ley 100 de 1993 y decretos reglamentarios, que al momento de suscribir el formulario de afiliación aceptó las implicaciones mismas del régimen, posteriormente realizó un acto de relacionamiento mencionado por la Sala de Descongestión Laboral en la sentencia 3755 del 2020 y actualmente la 1061 del 2021 cuando se realiza el traslado horizontal a PORVENIR S.A, lo que conllevó a recibir información adicional, lo que propiamente se presumió con relación al formulario de afiliación, que era claro que para dicha data no se documentó ninguna información que se le daba al afiliado, pero dentro del formulario se contiene la presencia de una asesora al momento de suscribirlo. En ese sentido, sostuvo que la accionante dentro de la declaración efectuada en el proceso, no aclaró circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado de régimen y el posterior traslado con Horizonte y que por efecto de no recordar la información no se puede concluir como se efectuó dentro de las consideraciones, de que las AFPS no dieron la información, pues evidenció que fueron aspectos diferentes; más aun cuando se adujeron motivaciones que conllevaron al traslado de régimen, como acceder a una pensión anticipada o una mesada pensional superior a la que recibiría en el RPMPD, circunstancias que no se comprobaron en el interrogatorio de parte, pues la parte actora mencionó que ese tipo de circunstancias no le fueron mencionadas más aún que su motivación fue acogerse a un régimen especial frente al carácter de su pensión, que fue lo que la llevo a instaurar la demanda, circunstancias que conllevan a que no se haya faltado al deber de información frente a los requisitos que se exigieron en la primera etapa por parte de la Ley.

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 presento alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el recurso de alzada y la respectiva contestación a la demanda, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. A su turno, la parte actora allegó alegaciones de conclusión en similares términos a los expresados tanto en la alzada como en el libelo introductorio del proceso.

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

A folio 69 obra copia de la cédula de ciudadanía de la parte demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 10 de octubre de 1964, por lo que cumplirá 57 años el mismo día y mes del presente año, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 04 de septiembre de 2019 (fl. 117), es decir, cuando evidentemente ya le faltaban menos de diez años de edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 13 semanas cotizadas al ISS (fl. 71), 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, 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 28 de enero de 1998, según información registrada en el formulario de afiliación a COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS, hoy PROTECCIÓN (Exp digital. *03. Contestación PROTECCION (fls. 187 a 361).pdf*. Pag 29).

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.

---

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 PROTECIÓN S.A. antes COLMENA, inclusive PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen 28 de enero de 1998, plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN, éste no constituye

en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN, antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el 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 los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, 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, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «*en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro*

individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

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 del demandante.

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 un traslado 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** igualmente 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,

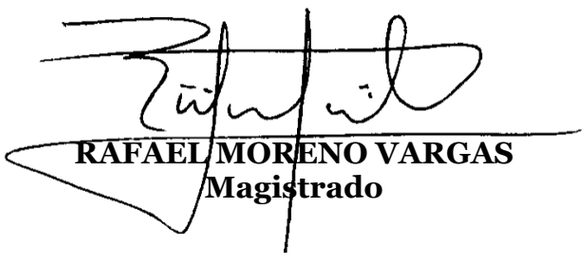
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos allí consignados.

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

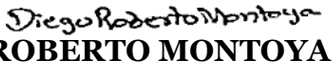
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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 MOREN O VARGAS

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por WILLIAM AJIACO MOYANO contra COLPENSIONES, AFP COLFONDOS, AFP SKANDIA Y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-020-2019-00319-01

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las accionadas COLPENSIONES y SKANDIA S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de mayo de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **WILLIAM AJIACO MOYANO** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad de la afiliación efectuada a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS el 29 de enero 1999 y que significó el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, en consecuencia, se declare la nulidad del traslado de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS - PORVENIR S.A.- Se declare que el traslado de régimen pensional obedeció al engaño, error y asalto de su buena fe. Asimismo, se declare que la afiliación del demandante al RPMPD administrado por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES -ISS, ahora ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en virtud de la nulidad del traslado, permaneció incólume y por

ello, surte todos los efectos legales. Se declare y se condene a los fondos privados de pensiones a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas al momento del traslado de régimen, así como los demás dineros aportados durante todo el tiempo en que ha estado afiliado RAIS. Se condene a COLPENSIONES a inscribir, sin solución de continuidad, su afiliación en el RPMPD. Del mismo modo, se condene a la indexación de todas las sumas de dinero que no sean susceptibles de intereses moratorios para evitar la pérdida del poder adquisitivo y finalmente, se condene al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que, nació el 09 de febrero de 1964 y mencionó que, en junio de 1999, prestaba sus servicios subordinados para la empresa ALUSUD EMBALAJES COLOMBIA LTDA, donde los asesores comerciales de COLFONDOS SA. PENSIONES Y CESANTÍAS se presentaron en su lugar de trabajo y, en reuniones colectivas promovieron el traslado de los trabajadores de la empresa, precisó que, en 1999, sin recibir información técnica, transparente y adecuada, y por móviles erróneos, firmó el formulario de solicitud de vinculación a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Informó que, por asesoría de los empleados de OLD MUTAL, se trasladó de fondo de pensiones, resaltó que los asesores de OLD MUTUAL, PENSIONES Y CESANTIAS, no lo asesoraron acerca de permanecer en el RAIS o el retorno al RPMPD. Anotó que por asesoría de los empleados de PORVENIR S.A, se trasladó de Fondo de pensiones, los cuales, tampoco lo asesoraron acerca de permanecer en el RAIS o el retorno al RPMPD. Finalmente, anotó que el 17 de diciembre de 2018 se agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES y a la fecha no se ha respondido. (Fls. 06 a 17).

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, no es procedente que se declare la nulidad del traslado al RAIS efectuado por el señor WILLIAM ABACO MOYANO el 25 de enero de 1999, fecha en la que se hizo efecto su traslado al RAIS; toda vez que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso evidenció que el demandante, se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A. Agregó que, se tiene que la solicitud de traslado al RPM se presente ante COLPENSIONES el 17 de diciembre 2018, y al verificar su cedula de ciudadanía, se obtiene que para aquella data contaba con 54 años de edad,

concluyéndose así que el demandante ya se encontraba inmerso dentro de la prohibición consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, literal e, y dada que no cuenta con 15 años de cotizaciones para el 1° de abril de 1994, como se evidenció de su Historia Laboral, no contando entonces con cotizaciones para la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social, resultando a todas luces improcedente su traslado, además anotó que, como quiera que el monto pensional en el RAIS también depende de variables como el rendimiento financiero de los fondos sujetos al comportamiento fluctuante de la economía, resultaba incierto establecer un posible monto que le permitiera en ese momento (1999) al demandante evaluar cuál sería a futuro el régimen más favorable, en esa mecida, no se puede afirmar que el silencio de la AFP PORVENIR S.A. en estos puntuales aspectos constituyó falta en el deber de información. Señaló que, debe tenerse en cuenta que COLPENSIONES nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre el demandante y la AFP mencionada, es decir, no existió injerencia alguna por parte de la entidad para que la accionante tomara la decisión de trasladarse, por lo que en caso de alguna eventual condena la llamada a responder seria la APF SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A. y no COLPENSIONES, aunado al hecho de que la teoría del daño manifiesta que quien lo causa es quien debe repararlo. Consideró que no es COLPENSIONES quien cebe asumir las consecuencias de la supuesta falta de información por parte de la AFP SKANDIA, hoy OLD MUTUAL S.A. al momento del traslado, pues manifestó que, en el año 1999 el actor no se encontraba en ninguna prohibición legal para efectuar el cambio de régimen, máxime si se tiene en cuenta que era su derecho la escogencia del régimen pensional de acuerdo a la Ley 100 de 1993, situación que la entidad reconoció y por ello aceptó el traslado por estar permitido. Finalmente explicó que el accionante ha estado afiliado al RPMPD por más de 15 años, sin haber manifestado en algún momento su inconformidad de pertenecer al mismo. Presentó como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción», e «innominada o genérica» (Fls. 51 a 63).

La **AFP SKANDIA** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando para tal efecto que, la afiliación que se realizó entre el demandante y la AFP, goza de plena validez ante la ley, por tanto, afirmó que los traslados de AFP realizados por el señor WILLIAM AJIACO MOYANO no presenta ningún vicio del consentimiento, pues fue un acto voluntario con el respectivo fondo, que estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades y se rigió por el artículo 1495 del Código Civil, norma que se debe armonizar con lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995. Añadió que la elección libre y voluntaria del demandante, se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, tal y

como to dispone el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995, norma que se encuentra vigente y que surte plenos efectos jurídicos. Resaltó que el accionante al momento de afiliarse con SKANDIA AFP venia de estar afiliado con otra AFP, por ende ya tenía un conocimiento del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de este régimen pensional, por lo tanto la asesoría en el caso particular, se tomaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por el demandante la cual es una AFP que pertenece al mismo régimen pensional de la entidad y presenta las mismas características en materia pensional, mencionó que, la asesoría que se le realizó a la parte actora previa afiliación en a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., cumplió con todos los parámetros exigidos y contemplados en la normatividad (ley 100 de 1993), acorde con el estatuto financiero expedido en 1993. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «buena fe», «pago» y «genérica» (Fl. 136 a 152).

A su vez, la **AFP PORVENIR** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando para tal efecto que, el demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación, más aún cuando no sólo realizó un traslado de régimen pensional, sino que, durante la vigencia de su vinculación al RAIS realizó diversos traslados horizontales, de Colfondos a Old Mutual, de Old Mutual a Porvenir y de Porvenir a Horizonte. Agregó que, lo anterior demostró no sólo el conocimiento que el actor tenía en relación con las condiciones y características del régimen pensional, sino la voluntad inequívoca de permanecer en el régimen conociendo sus condiciones y características. Precisó que, en ese sentido la entidad no incumplió con ningún deber profesional. Presentó 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. 211 a 232).

COLFONDOS en escrito de folio 302 se allanó a la demanda, en consecuencia, no se opuso a las pretensiones de la misma, a excepción de la condena en costas, al no presentar oposición (Fl.302).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de mayo de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de RPMPD al de RAIS efectuado por el demandante a la AFP COLFONDOS S.A. el día

29 de enero de 1999 y los traslados horizontales del 21 de enero de 2008 a la AFP OLD MUTUAL hoy AFP SKANDIA S.A., el 28 de julio de 2010 a la AFP PROVENIR S.A. y el 26 de junio de 2012 a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. Declaró como aseguradora del actor para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES y ordenó a la AFP PORVENIR S.A. y de llegar a tener recursos del demandante a las demás AFP's devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado accionante, junto con los rendimientos financieros causados con destino a la COLPENSIONES y los bonos pensionales, si los hubiese, a su respectivo emisor.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis que, conforme a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral, cuando hay una afiliación desinformada o un cambio de régimen, existe la ineficacia, pero cuando ese afiliado ha adquirido ya el derecho a pensión y ha dispuesto de sus aportes para materializar ese derecho, no es posible retrotraer las cosas al momento del traslado de régimen de pensión, por lo que es procedente una indemnización de perjuicios para estos casos. Indicó que la Corte Suprema ha sido enfática en que el medio para definir la vía correcta del traslado es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto de traslado y no desde las nulidades, anotó que con lo dicho por la Alta Corporación, cualquier atentado o trasgresión contra el derecho del trabajador de afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto, hizo mención a que una forma de atentar o violar los derechosa de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva de las circunstancias de su traslado de un régimen pensional a otro. Mencionó que este asunto también debe ser analizado respecto de lo que algunos doctrinantes denominan la asimetría de la información, siendo transversal la información financiera proporcionada, de manera que quedó establecido que existe ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genera lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho, ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad y iii) corresponde a las AFP allegar pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos tendrán además las sanciones pecuniarias del art. 271 de la Ley 100, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia del derecho pensional, explicó que de lo allegado al acervo probatorio no da cuenta de un debido asesoramiento al trabajador, ni las circunstancias de tiempo, modo y lugar del mismo por lo que resulta difícil controvertir los hechos de la demanda, por lo que concluyó que COLFONDOS faltó al deber de información y por tanto no le era permitido realizar el cambio de régimen de pensiones al demandante,

en consecuencia, con lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia la excepción de prescripción se declaró no probada, teniendo en cuenta que el termino trienal establecido en los art. 488, 489 del CST y art. 151 del CPTSS no opera para estos casos.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la **AFP COLPENSIONES** apeló la decisión solicitando se revoque la sentencia precisando que, a su juicio, que no se acreditaron los vicios del consentimiento no habiendo prueba alguna que demuestre que se esté en presencia del mismo, anotó que se halla un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y las AFP por no tratarse de un error de nulidad, en cuanto a la carga de la prueba, añadió que el artículo 167 del CGP ha sido referencia para el Tribunal para declarar que los vicios de consentimiento deben ser demostrados por las partes que las alegan y de manera alguna puede trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no actuó con dolo, advirtió que debe tenerse en cuenta la afectación sobre descapitalización del sistema, así entonces, consideró que de acuerdo al precedente jurisprudencial, compete al demandante demostrar los vicios del consentimiento alegados, no bastando su simple afirmación, ello además soportado en el artículo 1516 del Código Civil.

Por su parte, la apoderada judicial de la **AFP SKANDIA** apeló la decisión parcialmente en cuanto a la condena en costas, argumentando que si bien es cierto que existe un ejercicio objetivo valorativo, al momento de realizar la calificación de la condena en costas y agencias en derecho, por las características del proceso y de acuerdo a lo establecido en las tablas de liquidación frente al movimiento jurisdiccional que ofrecen los procesos de nulidad, la condena en costas es demasiado alta y excede los montos que por lo general se establecen para esta clase de procesos dentro de la jurisdicción laboral, en ese sentido, estima la condena demasiado alta, teniendo en cuenta que no existieron movimientos extraordinarios, ni movimiento alguno que hubiese incluido el movimiento adicional del proceso o arengas jurisdiccionales (SIC) en los cuales se vieron inmersos.

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 solicitando que se revoque la decisión y se le

absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. 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, 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, el haber sido efectuado por todos los 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 admitirlo como afiliado 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 tuviere derecho el afiliado 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 aún cuando se trata de entidades que administran

el Sistema General de Pensiones respecto de los cuales la Nación es garante, directa o indirectamente, y ocurre cuando uno de estos sujetos «*privados*» previamente se allana a las pretensiones, 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 tener por contestada la demanda, y mucho menos aceptar el allanamiento.

DE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

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 pesar que el actor no prueba la fecha del nacimiento, carga mínima que le incumbía, en folio 165, obra formulario de afiliación a Skandia que registra como su fecha de nacimiento el 09 de febrero de 1964, por lo que la edad de 62 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante AFP OLD MUTUAL, AFP COLFONDOS, COLPENSIONES y PORVENIR (fls. 18, 29, 35 y 38 a 42), 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 638,39 semanas de cotización aproximadas (fl. 65), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según la información registrada en el SIAFP de ASOFONDOS (fl. 157), acaeció el 29 de noviembre de 1.994, sin que observe la Corporación la prueba del hecho o acto jurídico de afiliación primigenio que evidencie las situaciones y/o condiciones iniciales en las que supuestamente el aquí demandante manifestó su libre y espontánea voluntariedad de traslado.

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

[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".

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 el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, pues la AFP demandada no demostró siquiera el acto de afiliación, con lo cual puede

concluir esta Corporación que no se logró demostrar la suscripción del formulario de afiliación del actor al RAIS; circunstancia por lo cual, al no existir una prueba fehaciente que enrostre el procedimiento con el cual se trasladó de régimen pensional la demandante, más exactamente su formulario de afiliación, es por lo que atendiendo lo preceptuado en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dentro del presente asunto no hay prueba si quiera sumaria que advierta que el traslado que ostenta el actor en la actualidad como afiliada al RAIS lo haya efectuado en forma libre y voluntaria según lo dispuesto en la norma, aspecto que también conlleva a que no se dé aplicabilidad a lo regulado en el literal e) del mentado artículo 13 de la Ley 100, el cual fue modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y que refiere a la escogencia del régimen de la preferencia del afiliado.

De este modo, es claro que no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, siendo carga probatoria de la parte demandada verificar el suministro oportuno, claro y preciso de esta, 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, en gracia de la discusión, si se hubiera aportado el acto de afiliación a COLFONDOS S.A., a efecto de zanjar cualquier duda, éste no constituiría 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 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 (29 de enero de 1999), 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).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia 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 de la demandante.

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, tampoco importa 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, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron VENCIDAS LAS AFP demandadas, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, precisando en lo que refiere al monto de las mismas, que no es esta la oportunidad procesal para controvertirla en los términos estipulados por el artículo 366 del CGP.

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,

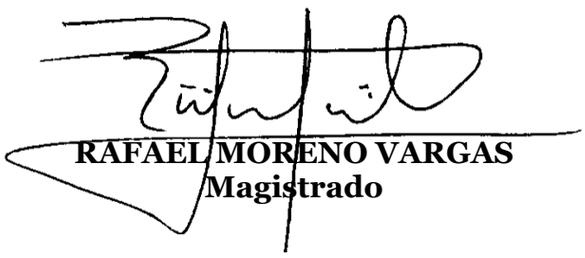
RESUELVE

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

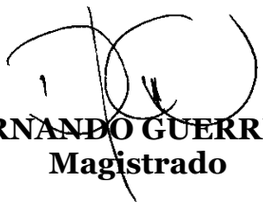
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MELANIO ZUÑIGA HERNANDEZ contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP. Rad. 110013105-028-2019-00851-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación formulado por la demandada contra la sentencia proferida 22 de julio de 2021 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la UGPP (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **MELANIO ZUÑIGA HERNANDEZ** promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que se causó el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional por cumplir los requisitos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita por el empleador CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO y el Sindicato Nacional De Trabajadores De Caja De Crédito Agrario Industrial Y Minero. En consecuencia, se declare que la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL — UGPP, debe reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional, con 14 mesadas, a partir de la fecha de exigibilidad del derecho, es decir, al cumplimiento de la edad de 55 años de edad, por tratarse de un derecho adquirido antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Igualmente, se condene a la accionada a pagar las mesadas pensionales adicionales adeudadas desde la fecha de exigibilidad de la pensión, debidamente indexadas conforme con el IPC. Finalmente se condene a la demandada al pago de lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 31 de diciembre de 1954, por lo que cumplió la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2009. Manifestó que prestó sus servicios para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S. A. - en Liquidación como trabajador oficial, hasta el 27 de junio de 1999, laborando un total de 20 años y 101 días. Señaló que por ser beneficiario de la Convención Colectiva 1998-1999, vigente a la fecha del despido, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión allí consagrada, siéndole reconocida por medio de la Resolución 1390 del 23 de junio de 2010, la cual fue reajustada por medio de la Resolución RDP 012475 del 16 de abril de 2014 en la suma de $5.747.193,82 a partir del 31 de diciembre de 2009. Aseveró que la accionada no reconoció la mesada adicional o mesada 14, por lo que el 26 de agosto de 2019, elevó petición ante la entidad, solicitando el reconocimiento y pago de aquella, sin embargo, su pedimento fue negado mediante Resolución RDP 035139 del 21 de noviembre de 2019 (Fls. 3 a 13).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **UGPP** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando que la mesada 14 consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 sólo aplica para quienes causaron su derecho pensional hasta el 25 de julio de 2005 y de forma excepcional para los pensionados que adquirieron el derecho antes del 31 de julio de 2011, siempre y cuando su mesada sea igual o inferior a tres (3) SMLMV, sin embargo, el demandante recibe una pensión superior a ese monto. Por lo anterior, argumentó que el actor no tiene derecho a recibir la mesada 14. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido», «prescripción», «sobre la indexación», «sobre la condena en costas» y la «genérica» (CD Fl. 77).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 22 de julio de 2021, declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago por parte de la UGPP de la mesada 14 por haberse causado el derecho

pensional antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Por ende, condenó a la UGPP a reconocer y pagar al demandante el retroactivo pensional desde el 26 de agosto de 2016, de manera indexada. Así mismo, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandada UGPP.

Para arribar a tal conclusión, indicó que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 consagró una mesada adicional, la cual fue limitada por el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que aquel estatuyó que, las pensiones causadas a partir de su vigencia no tienen más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo quienes reciben una mesada inferior a tres (3) salarios mínimos sólo si la pensión se causó antes del 31 de julio de 2011. En ese orden, precisó que el beneficio de la mesada 14, se extiende a quienes hayan causado el derecho hasta el 25 de junio de 2005, excepto quienes adquirieron el derecho antes del 31 de julio de 2011, cuando la mesada pensional sea inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Aseveró que la norma convencional de la Caja Agraria consagró la pensión de jubilación para los trabajadores que hayan cumplido 20 años de servicio, precisando que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que el tiempo de servicio es la condición necesaria para la causación del derecho, mientras que el cumplimiento de la edad de 55 años, en el caso de los hombres, sólo se requiere para el disfrute del derecho pensional. Aclaró que el demandante causó el derecho a la pensión de jubilación, al momento de su desvinculación de la Caja Agraria, es decir en el año 1999, puesto que para esa data reunía los veinte (20) años de servicio y fue retirado de la entidad antes de cumplir los 55 años de edad, encontrando que el Acto Legislativo 01 de 2005 no es aplicable, es decir que sí procede el reconocimiento de la mesada adicional. Respecto de la prescripción precisó que la pensión fue reconocida al actor el 31 de diciembre de 2009, que presentó la reclamación administrativa el 26 de agosto de 2019 y formuló la demanda ordinaria laboral el día 09 de diciembre de 2019, concluyendo que las mesadas causadas con anterioridad al 16 de agosto de 2016 se encuentran prescritas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia, arguyendo que no es procedente el pago de la mesada adicional, mesada 14, puesto que el demandante adquirió el derecho pensional en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que la pensión fue reconocida mediante la Resolución No. 1390 del 23 de junio de 2010. Añadió que la pensión

de jubilación reconocida al actor fue incrementada, por lo que ascendió a $5.747.193,82, monto equivalente a 11 veces el salario mínimo legal vigente para el año 2009. Aseveró que la UGPP no ha actuado de manera dilatoria, ni temeraria por lo que no son procedentes las condenas en su contra.

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 accionada UGPP en similares términos a los indicados en su recurso de alzada, y la parte actora, solicitando se confirme la sentencia apelada.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar si procede el reconocimiento de la mesada adicional de junio (mesada 14) a favor del demandante en virtud del reconocimiento de la pensión de jubilación convencional que le fuera reconocida por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación.

CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre el problema jurídico planteado, se ha de precisar que no es materia de controversia que al señor MELANIO ZUÑIGA HERNÁNDEZ, a través de la Resolución 1390 del 23 de junio de 2010 le fue reconocida por parte de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación pensión de jubilación convencional a partir del 31 de diciembre de 2009, fecha de cumplimiento de los 55 años de edad, por haber laborado para dicha entidad entre el 15 de marzo de 1979 y el 27 de junio de 1999 un total de 20 años y 101 días. La prestación se reconoció en la suma de $2.847.654,48 (fl. 22-27), siendo modificada posteriormente, por la Resolución No. RDP 012475 del 16 de abril de 2014 en la suma de $5.747.193,02 (fl. 29-32).

Ahora bien, con el ánimo de resolver la controversia planteada 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 8º 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).

Dilucidado lo anterior, debemos advertir que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya ha tenido la oportunidad de dar alcance al caso específico de la pensión consagrada en el artículo 41 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y su sindicato nacional de trabajadores, para la vigencia del 1º de enero de 1998 al 31 de diciembre de 1999, señalando que *«la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional»* (sentencias CSJ SL4550 -2018, SL992-2019, SL5030-2019 y SL5313-2019), de modo pues que una vez cumplidos el requisito de tiempo de servicios y desvinculado el trabajador, se causa el derecho a la pensión de jubilación convencional, puesto que el cumplimiento de la edad es una condición para su exigibilidad, sin que pueda entenderse como un requisito de configuración del derecho.

Así las cosas, tenemos entonces que el actor causó su derecho a partir del 27 de junio de 1999 fecha en que feneció el contrato de trabajo con la entidad, ello se extrae del contenido de la aludida Resolución 1390 del 23 de junio de 2010, acto administrativo en el que indica que, en el caso particular del actor, el disfrute la prestación es a partir del 31 de diciembre de 2009, fecha del cumplimiento de los 55 años de edad.

De acuerdo con lo anterior, advierte la sala que si bien es cierto, el disfrute de la pensión de jubilación se da con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, no es menos cierto que su causación data del año 1999, es decir, 6 años antes de la fecha de emisión de tal enmienda constitucional, circunstancia que sin dubitaciones hace que el actor sea acreedor a la mesada adicional reclamada, y así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras muchas, en la providencia del 09 de octubre de 2019, CSJ SL5030-2019, donde se reiteró:

> *«En ese orden de ideas, se tiene que las previsiones contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente, el límite temporal que consagró para beneficiarse de las prerrogativas de carácter pensional incluidas, entre otros, en convenciones colectivas de trabajo, no afectan la pensión de jubilación deprecada, en el entendido, que se causó desde el 27 de junio de 1999 y, en esa medida, constituye un derecho adquirido no susceptible de ser desconocido por esa reforma constitucional, en el que la edad es sólo un plazo futuro que estaba pendiente de cumplirse, sólo a fines de hacer exigible su pago.*
>
> *Es decir, tal restricción no le aplica al accionante por el hecho de haber cumplido la edad establecida en la convención colectiva de trabajo -55 años- el 27 de noviembre de 2010, esto es, después de la fecha indicada por el parágrafo transitorio 3º del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, es decir, después del 31 de julio de 2010, pues para esa fecha en este caso en particular, ya se había causado una prestación en su favor,* ***sin que ninguna incidencia tenga el nuevo mandato constitucional, que por cierto, salvaguardó los derechos adquiridos*** *y éste, como se vio, lo era».*

En vista de las anteriores consideraciones, para el actor la mesada adicional de junio se mantiene incólume, toda vez que para el 27 de junio de 1999 no se había expedido aún el Acto Legislativo 001 de 2005, quiere decir que al actor no le fue suprimida dicha prebenda, pues la citada reforma constitucional respetó para todos los efectos legales los derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia, de lo que se colige que la decisión adoptada por el Juez de instancia es acertada y por ello resulta imperiosa su confirmación.

Por lo anterior, es necesario que la sala en sede de consulta, aborde el estudio del medio exceptivo denominado prescripción y para ello tenemos que la reclamación administrativa se realizó el 26 de agosto de 2019 (fl.14), la cual fue resuelta en forma negativa mediante Resolución RDP 035139 de 2019 (fls. 33), fecha en la que se interrumpió el término prescriptivo en los términos del artículo 151 del CPTSS, en concordancia con el artículo 6º ibídem, presentándose la demanda dentro del término trienal contemplado en el artículo 488 del C.S.T., pues fue radicada el 09 de diciembre de 2019 (fl. 67), aspecto que permite dilucidar que la excepción propuesta por la demandada está llamada a prosperar parcialmente, por lo tanto, le asiste derecho al actor al pago de las mesadas adicionales reclamadas a partir del mes de junio de 2017, quedando cobijadas con el fenómeno de la prescripción las mesadas adicionales causadas con anterioridad al mes de agosto de 2016, esto quiere decir que la mesada adicional de junio de 2016 está prescrita, tal y como lo consideró la a quo. El retroactivo, tal como allí se indicó, deberá ser reconocido en forma indexada al momento de su pago.

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 la UGPP, 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 este orden de ideas, es claro que no tiene vocación de prosperar la apelación propuesta por la entidad accionada, por ello se debe confirmar la decisión 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,

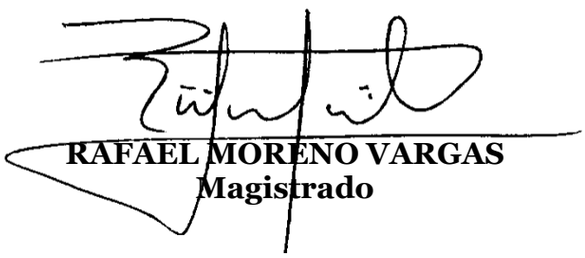
RESUELVE:

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

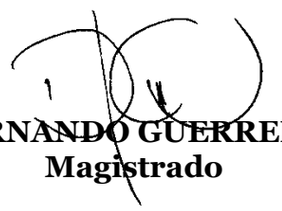
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por OLGA PATRICIA MAYORGA RODRIGUEZ contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-017-2019-00022-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, 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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de mayo de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **OLGA PATRICIA MAYORGA RODRIGUEZ** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare que la A.F.P PORVENIR S.A. incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible a la demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional, en consecuencia, se declare nula e ineficaz la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, efectuada a la A.F.P PORVENIR S.A., por entenderse que la falta de información por parte de esta vició su consentimiento. Se declare que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD administrado en la actualidad por la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, y en consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a registrar en su sistema de información que la afiliación en pensión de la demandante es nula e ineficaz, se condene a esta AFP a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensiónales a los que hubiere

lugar, asimismo, se condene a COLPENSIONES, a activar la afiliación y recibir estos montos. Se condene a las demandadas sobre los demás hechos que resulten probados conforme a las facultades ultra y extra petita, así como al pago de las costas y agencias en derecho que se causen.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que, nació el 10 de agosto de 1962 e inició sus aportes a pensión en el RPMPD a través del Instituto de Seguros Sociales –ISS hoy COLPENSIONES, desde el 25 de julio de 1984, mencionó que se trasladó a la A.F.P HORIZONTE hoy PORVENIR el 29 de noviembre de 1996, indicó que, en la actualidad, sus aportes a pensión son administrados por la A.F.P PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS. Informó que su afiliación a esta última, se dio por cuanto a su lugar de trabajo se presentaron unos asesores comerciales informando que el ISS entraría el proceso de liquidación. Expresó que, la A.F.P PORVENIR, no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS. Advirtió que el 20 de septiembre de 2018, solicito ante la A.F.P PORVENIR que se procediera a anular la afiliación a dicha administradora, agregó que, también solicitó el 21 de septiembre de 2018, ante COLPENSIONES que se procediera a la activación de su afiliación a COLPENSIONES por cuanto existió vicio en el consentimiento en la afiliación al RAIS, para lo cual, ni PORVENIR ni COLPENSIONES, remitieron respuesta. Añadió que elevó la consulta ante la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA el 09 de mayo de 2017, a fin de que se pronunciará sobre el deber de información que está en cabeza de los fondos de pensiones y esta emitió respuesta a los interrogantes plantados el 12 de junio de 2017. Finalmente, advirtió que COLPENSIONES, como respuesta a requerimiento de la PROCURADURIA GENERAL, le informó que desde octubre de 2012 se adelanta por parte de esta entidad, actividades tendientes a informar adecuadamente a sus afiliados sobre los traslados de regímenes (Fls. 1-13).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que no hay razón a que se declare la nulidad de la afiliación del RAIS, de la señora OLGA PATRICIA MAYORGA RODRIGUEZ, en cuanto que la afiliación tiene plena validez y legalidad, al no probarse por parte de la accionante alguna de las causales de nulidad, sino que, por el contrario, la parte actora confirmó que se afilió a la AFP PORVENIR S.A., por lo tanto, existió voluntad de trasladarse de régimen pensional, adujo que la actora fue negligente durante varios años para averiguar si lo manifestado por los asesores de AFP PORVENIR S.A., era o no cierto,

pues indicó que es obligación de cada persona informarse antes de tomar cualquier determinación, ya que, el desconocimiento de la ley no es excusa. Anotó que, la afiliación al fondo privado acaeció el 25 de julio de 1984 a la AFP PORVENIR S.A., por lo que, el transcurso del tiempo subsanó cualquier tipo de error que hubiese podido suceder, pues la demandante nunca dejó de cotizar, y no observó que durante estos años haya presentado algún tipo de queja o reclamo en relación con su traslado de régimen pensional. Formuló como excepciones de mérito las de «el error sobre un punto de derecho, no vicia el consentimiento», «prescripción», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «cobro de lo no debido», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 60-67).

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando que la información suministrada a la demandante para su afiliación se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Resaltó que, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación, no fue caprichosa o abusiva, sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que para el efecto ha impartido la Superintendencia Financiera de Colombia. Explicó que, por lo anterior, la demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello, suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento en el proceso de vinculación, ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS. Aclaró que, tampoco existe prueba alguna en el proceso de donde se desprenda que el asesor de la AFP PORVENIR actuó de manera dolosa o forzó a la demandante para que suscribiera el formulario de vinculación a esta entidad, y tampoco podría hablarse de un vicio por error de derecho, pues de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil y según lo ha reiterado por la Corte Constitucional en sentencia C-993 de 2006, la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, señaló que, esto mismo también lo ha reiterado el Tribunal Superior de Bogotá. Como excepciones de fondo propuso las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad» «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Fls. 107-116).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 11 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del acto de traslado de la señora OLGA PATRICIA MAYORGA RODRIGUEZ del RPMPD al RAIS realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Horizonte hoy PORVENIR SA, el día 29 de febrero de 1996, con fecha de efectividad del 1° de abril del mismo año y,

consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten. Condenó a PORVENIR S. A. a devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la accionante, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a esos fondos en los períodos en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. Ordenó a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A. que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la actora y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa y se ordene a COLPENSIONES a que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de la accionante, al RPMPD por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló en principio que, los criterios fijados en la Sentencia SL 1688 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia son determinantes en que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto, debiéndose retrotraer las cosas al estado inicial y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo con las consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe y, en consecuencia, no puede exigírsele al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento, indicó que el 29 de febrero de 1996 y 26 de octubre de 1998, fecha en que se trasladó del ISS al RAIS, hizo su afiliación de forma correcta y dentro de los límites temporales establecidos por la norma vigente para esa calenda, es decir, tres años, por lo que su traslado por el aspecto temporal no generó ineficacia alguna, explicó que dado que no se probó la ineficacia en el traslado por contravención en los límites de permanencia, verificó si el acto de afiliación se encuentra viciado por infracción a los deberes de información, como lo alegó el demandante. Por lo anterior, el Despacho argumentó que, con el tiempo ese deber de información se ha consagrado acumulativamente, cada vez con un mayor nivel de exigencia al punto que se han establecido tres etapas normativas que abarcan tres periodos, de ellos concluyó que la AFP HORIZONTE tenía la obligación de informar acerca de las características, condiciones, acceso y efectos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un Régimen de

Transición y la eventual perdida de los beneficios pensionales, conforme lo señala la Ley 100 de 1993, así entonces, reiteró que según lo dispuesto en precedente jurisprudencial, para la fecha de traslado de la actora, las AFP tenían la obligación de brindarles a los posibles afiliados la información detallada del traslado de Régimen, situación que no se acreditó, pues de los formularios preimpresos de afiliación no se infirió que las AFP's le dieran a la accionante información previa y completa que le permitiera tener claridad de su decisión, agregó que de los traslados entre administradoras del mismo régimen, al estar viciado el primer trámite al RAIS, no tienen validez los actos que de él deriven. Advirtió que, frente a los gastos de administración, se encuentran a cargo de la parte demandada PORVENIR S.A. como lo ha señalado también la Corte Suprema de Justicia; respecto de la prescripción, la misma Alta Corporación ha señalado que esta acción de ineficacia de traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible, por lo que no declaró probadas las excepciones propuestas.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, arguyendo que la demandante realizó su traslado de régimen pensional con plena voluntad y conocimiento de las consecuencias que acarrearían pertenecer a dicho régimen, asimismo, lo hizo en cumplimiento de la Ley 797 de 2003, manifestó que no se puede desconocer el gran problema que puede generar el traslado indiscriminado de afiliados que pretendan acceder a una prestación cuando no se ha guardado fidelidad al sistema, añadió que, es importante tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, mencionó que, el traslado decretado afecta significativamente el sistema del RPMPD, teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación del aporte en ambos regímenes pensionales, la falta contribución de la demandante al fondo común y la carga que genera en los demás afiliados un eventual reconocimiento pensional a favor de la demandante.

El apoderado judicial de la **AFP PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación, argumentando que no se valoró el consentimiento informado para la libre escogencia que se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación, expuso que con la declaración de la ineficacia entre regímenes se desconoce el principio de la voluntad privada con que contaba la demandante, añadió que ello también constituiría un desfinanciamiento al Sistema Pensional resaltando que siempre se le garantizó el derecho al retracto. Respecto de los gastos de administración adujo que no procede esta pretensión, pues de ordenarse se deberá condenar a la parte demandada a restituirlos frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro

individual ya que así lo ha decantado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en tratándose de las restituciones mutuas.

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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora solicitó 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 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 15, obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 10 de agosto de 1962, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a PORVENIR y COLPENSIONES, el 20 y 21 de septiembre de 2018 respectivamente (fls. 37 y 38 y 39), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía el equivalente a 504,42 semanas cotizadas al ISS (fl. 22 a 26), 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, 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 29 de febrero de 1996, según información registrada el formulario de afiliación a HORIZONTE (fls. 21 y 117).

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

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

el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado 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 del régimen (29 de febrero de 1996, Fl. 117), plasmado en el formulario de afiliación, 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.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada, omitió en el momento del traslado de régimen (29 de febrero de 1996, fl. 117), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «*en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021).*

Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

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 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, tampoco tiene incidencia 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 aquel cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, quedan resuelta tanto las apelaciones como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo 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,

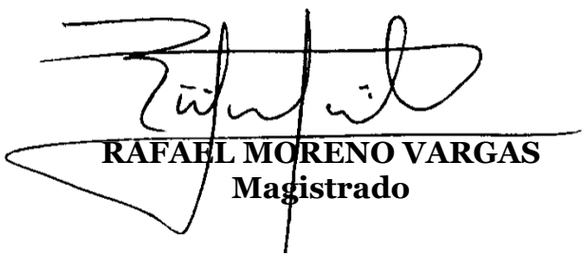
RESUELVE

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

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

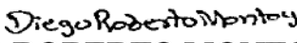
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ADRIANA PERDOMO GUEVARA contra PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES - PAR CAPRECOM S.A.- LIQUIDADO - Rad. 110013105-022-2019-00488-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020 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 accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el día 04 de mayo de 2021. De igual modo, revisará la aludida decisión en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la accionada (Art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **ADRIANA PERDOMO GUEVARA** instauró demanda ordinaria laboral contra el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES - PAR CAPRECOM S.A., representado por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.- FIDUPREVISORA, con el fin de que se declare que existió un contrato realidad laboral, en el que fungió como trabajadora oficial y que culminó por parte de CAPRECOM, de manera unilateral y sin justa causa. En consecuencia, se condene a la accionada al pago de las cesantías, vacaciones, primas legales y convencionales de servicios, junio, diciembre, navidad y vacaciones, auxilio convencional de transporte, el servicio de ruta de buses, auxilios educativos, dotaciones

convencionales y auxilio de alimentación. Igualmente, se condene al pago de bonificaciones de servicios prestados, de diciembre, recreacional y de descanso diciembre, junto con la prima convencional de retiro, la indemnización moratoria y el reajuste salarial a la asignación básica mensual. Asimismo, se condene al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato y al reembolso de las diferencias que pagó por concepto de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales. Finalmente, se condene al pago de costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria pretende se condene a la indexación de las sumas que sean susceptibles de actualización.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que laboró para CAPRECOM desde el 01 de junio de 2012 hasta el 15 de mayo de 2013, mediante diferentes órdenes de prestación de servicios, ejerciendo el cargo de Auxiliar Técnico en la regional de Neiva, cumpliendo un horario laboral de lunes a viernes de 8 am a 5 pm. Señaló que CAPRECOM le suministró los elementos de trabajo, tales como el computador, la papelería, un cubículo, etc., así como el sistema Intranet SEVEN en el que sólo podía acceder con su nombre de usuario y clave personal. Agregó que sus jefes inmediatos eran funcionarios de planta de CAPRECOM y que cada mes debía entregar una cuenta de cobro para recibir su pago. Aseguró que nunca recibió el pago de los salarios, prestaciones legales y convencionales a los que tenían derecho los trabajadores de planta, contrario sensu, tuvo que pagar sus aportes a seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales. Esgrimió que el 15 de mayo de 2013, CAPRECOM finalizó la relación laboral, momento en el que se desempeñaba como Auxiliar Técnico y devengaba un salario de $1.271.000. Manifestó que presentó reclamación administrativa ante CAPRECOM el día 18 de marzo de 2016, empero, su pedimento fue rechazado, decisión que fue ratificada con la solución del recurso de reposición que formuló el 25 de mayo de 2016, sin embargo, mediante la Resolución N° AL-08835 del 17 de agosto de 2016, se declaró la perdida de la fuerza ejecutoria parcial de las resoluciones expedidas con anterioridad y definió la prelación legal de pagos (Fls. 43 a 55).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES - PAR CAPRECOM S.A. LIQUIDADO,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que los contratos de prestación de servicios

celebrados con la demandante, denotan instrucciones generales que eran necesarias para el desarrollo de las actividades y el cumplimiento de dichos contratos, los cuales fueron cumplidos a cabalidad por CAPRECOM. Indicó que la parte actora no acreditó la existencia de subordinación, elemento esencial en una relación laboral. Resaltó que CAPRECOM estaba facultado para celebrar contratos de prestación de servicios según la Ley 80 de 1993, explicando que la norma autorizó a las entidades públicas a contratar personal cuando requieran el desarrollo de actividades que no pueden ser realizadas por los trabajadores de planta, por lo que CAPRECOM efectuó ese tipo de contratación, en tanto no contaba con el personal necesario. Expresó que en el expediente administrativo de CAPRECOM obra el certificado de inexistencia de personal de planta para asumir las nuevas funciones que la ley impuso a la entidad, es decir, que no contaba con personal idóneo y suficiente para la prestación de servicios de análisis de riesgo y salud pública. Aseguró que CAPRECOM cumplió con todos los manuales de contratación y celebró órdenes de servicios con la demandante, excluyendo la existencia de una relación laboral. Aclaró que la demandante nunca fungió como trabajadora oficial o empleada pública de CAPRECOM, máxime cuando aquella no surtió las pautas de selección para ello. Añadió que todas las reclamaciones por las vinculaciones del 2013, están prescritas. Indicó que el contrato de fiducia celebrado entre CAPRECOM y la FIDUPREVISORA estableció que el Patrimonio Autónomo sólo asume la defensa de los procesos existentes a la fecha de terminación del proceso de liquidación, es decir, el 27 de enero de 2017. Finalmente, arguyó que no procede el pago de la indemnización moratoria, porque para ello es necesario que la parte actora pruebe la actuación indebida y de mala fe por parte de CAPRECOM. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido y pago», «buena fe» y «prescripción» (Fls. 61 a 80).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 04 de mayo de 2021, declaró que entre la demandante y CAPRECOM existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de junio de 2012 al 15 de mayo de 2013. En consecuencia, condenó a la demandada al pago de cesantías ($1.218.0432), vacaciones ($609.021) debidamente indexadas, auxilio convencional de transporte ($133.250) indexado, prima convencional de retiro ($2.542.000) e indemnización moratoria ($30.5043.240). Asimismo, declaró

probada parcialmente la excepción de prescripción y condenó en costas a la accionada.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que de acuerdo con la Ley 80 de 1993, las entidades públicas están facultadas para vincular personal por medio de contratos de prestación de servicios, siempre y cuando se trate de actividades que no pueden realizar los trabajadores de planta, de forma que la contratación bajo esa modalidad debe durar lo estrictamente necesario, pues así lo ha señalado la Corte Constitucional. Explicó que conforme con el artículo 24 del CST, basta con que el trabajador demuestre la prestación personal del servicio para presumir la existencia de un vínculo laboral, el cual debe ser desvirtuado por el empleador, sin embargo, la accionada no cumplió con dicha carga, pues la demandante acreditó que prestó sus servicios para CAPRECOM desde el 01 de julio de 2012 hasta el 15 de mayo de 2013, por medio de siete (7) contratos de prestación de servicios, descartando la existencia de una actividad temporal o transitoria. Mencionó que la demandante detentó la calidad de trabajadora oficial, por ser funcionaria de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, esto es CAPRECOM. Aclaró que la llamada a responder por las condenas impartidas es la FIDUPREVISORA por ser la vocera y administradora del PAR CAPRECOM creado luego de la liquidación de CAPRECOM. Manifestó que la parte actora no acreditó las funciones de los cargos de planta de CAPRECOM, por lo que no es posible equiparar sus funciones con las de aquellos. Señaló que la demandante tiene derecho a los beneficios de la convención colectiva, por ser aplicable a todos los trabajadores oficiales de CAPRECOM, no obstante, precisó que es menester dar aplicación al fenómeno prescriptivo sobre todos los derechos causados con anterioridad al 18 de marzo de 2013, explicando que el vínculo finalizó el 15 de mayo de 2013 y la demandante presentó reclamación administrativa el día 18 de marzo de 2016, mientras que la demanda fue formulada el 16 de julio de 2019. Encontró que no es posible el reconocimiento de la prima convencional de navidad porque se encuentra prescrita, así como las sumas por auxilio de convencional de transporte causadas con anterioridad al 18 de marzo de 2013, aunado a que la demandante no tiene derecho al pago de la prima de vacaciones, ni a la bonificación por servicios prestados, ni a la sanción por no consignación de cesantías puesto que no son aplicables a los trabajadores oficiales. Igualmente, precisó que no es dable reconocer el pago de la prima de junio, ni de la bonificación de recreación, ni de los aportes educativos porque la demandante no demostró que estuviera estudiando, ni tampoco sus hijos, contrario sensu, sí procede el pago de la prima convencional de retiro, puesto que se causó con su desvinculación. Expresó que la accionada no

demostró la buena fe de CAPRECOM, por lo que procede el pago de la indemnización moratoria contenida en el Decreto 797 de 1949, sólo a partir del día siguiente al vencimiento de los noventa (90) días de gracia y hasta la fecha de finalización del proceso de liquidación de la entidad, esto es, el 27 de junio de 2017. Arguyó que no se acreditó el trabajo suplementario por parte de la demandante y que no es posible efectuar el pago de las diferencias de los aportes a seguridad social porque esos rubros solo pueden ser cancelados a las entidades de seguridad social. Esgrimió que pese a que la demandante fue desvinculada por parte de CAPRECOM, no hay lugar a indemnización porque para esa data estaba vigente el Acuerdo Colectivo 012 de 2013, el cual no tenía una forma de liquidar la indemnización por terminación unilateral, más aún cuando no existía ningún plan de retiro o algo parecido. Finalmente, consideró que la indemnización moratoria debe ser indexada desde el 28 de enero de 2017 y hasta cuando se verifique el pago.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la accionada, formuló recurso de apelación, argumentando que se acreditó que CAPRECOM cumplió con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la cual concedió la facultad de celebrar contratos de prestación de servicios. Mencionó que pese a que la demandante cumplía actividades del giro ordinario de CAPRECOM, por realizar funciones de gestión de vida sana, lo cierto es que se cumplió con la carga de la prueba dispuesta en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, explicando que se acreditó que no medio una relación laboral, sino que el vínculo contractual obedeció al Reglamento de Contratación de CAPRECOM y a la Ley 80 de 1993. Agregó que todos los contratos celebrados con la demandante contienen una certificación donde se menciona que tienen lugar por lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2209 de 1998, acompañado de una certificación de 2012 suscrita por el jefe de Recursos Humanos de CAPRECOM, documento en el que se manifestó que la entidad no tenía personal suficiente y que mediante una nota interna del 24 de mayo de 2012 el ordenador del gasto había autorizado el objeto contractual, concluyendo que la contratación se realizó dentro de los límites fijados en la ley. Arguyó que se acreditó que las actividades no eran de tipo subordinado, ello con los contratos y los informes de ejecución, contrario sensu, la demandante debía trasladarse para realizar encuentras y asesorar afiliados de CAPRECOM, resaltando que la parte actora no probó la existencia de subordinación. Indicó que no hubo un arraigo documental fuerte, ni un consenso con la prueba testimonial, por cuanto no se practicaron testimonios que den cuenta de la subordinación, de tal suerte que no

concurrió la misma carga probatoria que en aquellos eventos en los que se ha declarado la existencia de un contrato realidad con CAPRECOM. Solicitó que se extienda el fenómeno prescriptivo respecto de las cesantías, la compensación de vacaciones y la prima de retiro, además de que, es necesario tener en cuenta que el auxilio de transporte convencional fue concedido cuando no existía ese beneficio instituido por ley. Aseveró que no hay lugar al pago de la indemnización moratoria contenida en el Decreto 797 de 1949, en tanto se demostró que CAPRECOM no actuó de mala fe, sino que obró de acuerdo a la Ley 80 de 1993 y cumplió con el Reglamento de Contratación. Indicó que ante la inexistencia del personal de planta que pudiera cumplir las funciones, CAPRECOM tuvo que contratar a la demandante, sin embargo, la vinculación fue temporal, puesto que no alcanzó siquiera un año. Finalmente, reiteró que CAPRECOM al ser una entidad pública, no podía realizar el pago de acreencias laborales a la demandante, dado que no había sido declarado un contrato de trabajo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte accionada presentó alegaciones en similares términos a los de la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. A su turno, la parte actora allegó alegatos de conclusión solicitando se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación resolver los siguientes problemas jurídicos: **i)** determinar si tal como lo asevera la demandante el vínculo que la ató con la accionada es una relación de carácter laboral regida por un contrato de trabajo, o si por el contrario y como lo afirma la entidad convocada, se trató de una prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, **ii)** en caso de encontrarse configurados los elementos propios del contrato de trabajo, analizar si hay lugar al pago de las acreencias ordenadas en primera instancia y; **iii)** si procede el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria.

CONSIDERACIONES

Lo primero es revisar la naturaleza jurídica de la entidad accionada, a efectos de determinar la calidad de vinculación que ostentaría la demandante. Para ello,

basta con revisar el contenido de la Ley 314 de 1996 que en su artículo primero indica que el establecimiento público creado mediante la Ley 82 de 1912 se transforma en virtud de esa normativa en Empresa Industrial y Comercial del Estado y respecto a sus empleados, en el artículo 12 ibidem establece que «*quienes desempeñen los cargos de Director General, Secretario General, Directores Regionales, y Jefes de División, serán empleados públicos. Los demás servidores públicos vinculados a la planta de personal existentes a la fecha de promulgación de la presente ley, pasarán a ser trabajadores oficiales*».

Así las cosas, es necesario señalar como premisas que definen el contrato de trabajo de los trabajadores oficiales, calidad que ostentaría la demandante, atendiendo la naturaleza jurídica de la accionada como entidad pública y la actividad que aquella desempeñó fue la de «*AUXILIAR TÉCNICO (GESTOR DE VIDA SANA)*» como consta en los contratos de prestación de servicios (folios 11 a 42). En tal sentido, el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945 establece que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran tres elementos: ***(i)*** prestación personal del servicio, ***(ii)*** continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador, y ***(iii)*** un salario como retribución. A su vez el artículo 3º del ordenamiento en cita estipula que «*…una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera…*».

De igual modo, se dispone en su artículo 20 que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha y, que corresponde al empleador la carga probatoria de desvirtuar la presunción legal en mención. Así lo ha considerado de antaño, la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, verbigracia, en la sentencia CSJ SL1012-2015, donde señaló que cuando se discute la existencia de un contrato realidad, corresponde a la parte demandante demostrar la prestación del servicio, mientras que la accionada tiene la carga de desvirtuar la presunción de subordinación consagrada en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945.

Por otro lado, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 2° del Decreto Ley 165 de 1997, establece la facultad de las entidades públicas de acudir a

la contratación de servicios con el objeto de atender actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, contratos que solo pueden celebrarse con personas naturales cuando no se puedan realizar con personal de planta o se requieran conocimientos especiales. Adicional a ello establece que dichos contratos en ningún caso generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

De conformidad con las normas jurídicas citadas y la jurisprudencia aplicable al caso de autos, corresponde señalar que la parte actora solicitó que se declarará la existencia de un contrato de trabajo desde el 01 de junio de 2012 al 15 de mayo de 2013.

Al proceso fueron allegadas las órdenes de prestación de servicios que se celebraron de manera sucesiva desde el 01 de junio de 2012 hasta el 15 de mayo de 2013, los cuales se ejecutaron sin mediar solución de continuidad, tal y como se desprende a folios 11 a 42, asimismo, también da cuenta la documental obrante de folios 101 a 349 contentivos de los mencionados contratos suscritos con CAPRECOM, junto con las actas de inicio, de liquidación, y demás soportes relacionados con dicha contratación.

Hasta este punto, la Sala tiene por acreditada la existencia de una vinculación regida por contratos de prestación de servicios, que encuentran fundamento en la Ley 80 de 1993 y el Decreto 2170 de 2002 que autorizan a las entidades estatales a contratar directamente la prestación de servicios profesionales de una persona natural o jurídica que esté en capacidad y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate.

Para determinar la verdadera naturaleza contractual de esa vinculación, la Sala analizó el conjunto probatorio en el contexto de las reglas de la sana critica probatoria a que alude el artículo 61 del CPTSS, encontrando que en el objeto pactado en los contratos de prestación de servicios era el de prestar servicios como Auxiliar Técnico (Gestor de vida sana) para apoyo a la gestión administrativa de la salud del régimen subsidiado en la Regional Huila; y dentro de las que se encontraban específicamente las actividades de *«5). Realizar el proceso de afiliación y carnetización de los usuarios de acuerdo a las directrices por la Regional, hacer la entrega del carne y además documentos relacionados con la afiliación, recoger las firmas del usuario y asegurarse de registrar su recibo en los formatos establecidos para tal fin y remitirlos a la regional para los tramites a que haya lugar. 6) Hacer entrega del material de información sobre los servicios de CAPRECOM y sobre los derechos y deberes de los usuarios, atender sus*

inquietudes, sugerencias, realizar los registros a que haya lugar, y remitirlos a la regional con la periodicidad establecida remitiéndolos al líder de atención dándoles el tramite establecido en los manuales de proceso y procedimientos. 7) Realizar semanalmente la apertura del buzón de sugerencias siguiendo los protocolos establecidos para tal fin, remitir la información a la regional e implementar las acciones de mejoramiento que se requieren y que se deriven de las sugerencias y recomendaciones de los usuarios. 8) Atender las quejas y reclamos que presentan los usuarios, llevar su registro, hacerles seguimiento y remitir el reporte a la regional para su trámite. 9) Realizar las diferentes encuestas de satisfacción con la periodicidad y con la muestra establecidas y remitir los formatos diligenciados a la Regional. 10) Conformarla asociación de usuarios de acuerdo a lo establecido en la normatividad vigente, hacer seguimiento a su funcionamiento y remitir a la regional las actas, documentos e informes que de estas reuniones se originen. 11) Capacitar a los afiliados sobre temas referentes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Derechos y Deberes, copagos, reporte de novedades, participación ciudadana, proceso de autorizaciones, diferenciación de competencias entre IPS, EPSSS y Secretaria de Salud, como interponer una petición, entre otras). 12) Apoyar a ¡a regional en las acciones de mercadeo y ampliación de cobertura que se realicen en el municipio, brindar información a los afiliados potenciales sobre la empresa, diligenciar los formularios establecidos y remitirlos a la regional para su trámite. 13) Implementar las estrategias de promoción e información de servicios, coordinando su desarrollo con los grupos focales del municipio, hacerles seguimiento y remitir a la regional de los soportes de las actividades realizadas. 14) Divulgar la red de servicios contratada a través de tos mecanismos establecidos, para la orientación, direccionamiento y atención de los usuarios de acuerdo a los servicios que necesiten, manteniendo evidencia de lo correspondiente a la publicación. 15) Diligenciar la encuesta socioeconómica y la evaluación de las condiciones de salud de los usuarios de su municipio y remitir las encuestas diligenciadas al responsable de gestión y análisis del riesgo de la Regional. 16) Realizar las actividades de inducción a la demanda hacia los diferentes programas de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, de acuerdo a los lineamientos que reciba del responsable de gestión y análisis del riesgo de la Regional, realizar los controles establecidos y elaborarlos informes de acuerdo a los procedimientos definidos por la normatividad vigente. 17) Realizar las actividades de educación y fomento de la salud en gestantes, de acuerdo a los lineamientos que recibe del responsable de gestión y análisis del riesgo de la regional, realizar los controles establecidos y elaborar los informes de acuerdo a los procedimientos definidos por la normatividad vigente. 18) Participar activamente en representación de CAPRECOM en todas las actividades de salud adelantadas por el municipio y efectuar jornadas de educación al usuario en la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad, realizando los registros e informes que hayan sido establecidas en ¡os manuales de procesos y procedimientos. 19) Efectuar el trámite ante el funcionario competente de las autorizaciones de servicios efectivos no prioritarios que requieran los usuarios del municipio, siguiendo los lineamientos y procedimientos institucionales. 20) Realizar la evaluación de los tiempos de espera, oportunidad de servicios, suministro de medicamentos y de otros requerimientos de los usuarios, haciendo seguimiento a los mismos, diligenciado los formatos establecidos y rindiendo los Informes que se requieren. 21) Efectuar visitas a (as I.P.S. de la red contratada en el municipio con el fin de evaluarlos servicios prestados a los usuarios, e informara la regional sobre los resultados y participar en la verificación del cumplimiento a los planes de mejoramiento que se acuerden con la I.P.S. 22) Apoyar la gestión de cobro de la facturación realizada al ente territorial, haciendo seguimiento a las facturas remitidas por la

regional. 23) Propender por la conservación de la buena imagen de la institución, a través de una atención oportuna y cordial a quienes solicita sus servicios. 24) Hacer el requerimiento de los materiales necesarios para el normal desarrollo de las funciones de la sede y responder por el cuidado y uso racional de los implementos que se le asignen. 25) Responder por e! archivo documental a su cargo, por su organización, custodia y consolidación en aplicación de las normas establecidas para ello. 26) Las demás responsabilidades que le son asignadas por su ***jefe inmediato y que se deriven de la evolución de los procesos y del comportamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud»***, entre otras.

Ahora bien, aunque no se aportaron otros elementos de prueba para verificar la forma en que se ejecutaron los términos contractuales antes indicados, tampoco es menos cierto que de los mismos contratos y las obligaciones específicas que allí se le indicaron, se puede advertir sin mayor esfuerzo que las funciones claramente no corresponden a las de un contratista independiente, sino a las de un empleado subordinado.

Así pues, analizadas las pruebas, no encuentra la Sala que la entidad demandada haya cumplido con su carga procesal de desvirtuar la presunción antes señalada con la acreditación de manera suficiente e incontrovertible que los servicios se prestaron de manera independiente y autónoma, pues si bien los contratos de prestación de servicios como lo alude la parte recurrente no generan relación laboral, tales documentos no son suficientes para tenerlos como elementos probatorios concluyentes pues si así fuera bastaría con que las entidades aporten los contratos de prestación de servicios para que automáticamente se tengan como veraces y negadores de una relación diferente a la allí consignada. De manera que la obligación procesal de la demandada no puede limitarse a la simple exhibición de los contratos respectivos, sino que debe acreditar que la relación en verdad fue autónoma e independiente, situación que aquí no se demostró, por el contrario de esos mismos contratos se extraen elementos que refuerzan el convencimiento que la demandante fue un trabajador subordinado y que su relación en realidad estuvo regida por un contrato de trabajo, tales como las cláusulas vigésima sexta donde se indica que la actora debía cumplir con las tareas relacionadas y/o responsabilidades asignadas por su jefe inmediato, poniendo de presente una figura propia de las relaciones subordinadas.

En consecuencia, de la misma prueba que denuncia la parte accionada se colige que en la realidad la labor ejecutada por la demandante se prestó con sujeción a órdenes, lo que demuestra que en ningún momento el accionante actuó con independencia y autonomía, máxime que sus funciones eran permanentes y

operativas, de modo que no se justifica en esos términos la contratación por prestación de servicios que se caracteriza por la necesidad de contratar en razón a los conocimientos especializados del contratista, lo que no ocurrió.

Así la cosas, es por lo que la Sala encuentra que la entidad no logró desvirtuar la presunción legal contenida en el art. 20 del Decreto 2127 de 1945 ya citado, pues demostrada la prestación del servicio y acreditadas las condiciones subordinantes en que desarrolló las labores se concluye que la vinculación en realidad obedeció a un contrato de trabajo, pues además las labores correspondían al giro ordinario de la extinta entidad, por lo que se entienden que las mismas hacen parte del objeto social de la extinta CAPRECOM.

Conforme lo ha hilado en abundante y reiterada jurisprudencia nuestro máximo órgano de cierre, y puntualmente en asuntos similares al que aquí se debate, donde se depreca la declaración de un contrato de trabajo realidad, no basta con que se exhiba por parte del convocado a juicio la suscripción de contratos de prestación de servicios, y todos los demás documentos propios a la celebración, ejecución y liquidación de esta forma de contratación, que por lo demás, también es lícita, pues en todo caso, es deber del Juez laboral auscultar los medios de convicción que se viertan al proceso en aras de arribar a la verdad real, y encontrar, en aplicación del artículo 53 de la norma superior, la eventual existencia de un contrato realidad en contraposición a un contrato meramente formal o aparente, dando cabida de esta forma a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidos por las partes bajo la apariencia de una vinculación jurídica o relación contractual diferente a la propiamente laboral.

Además, cabe reiterar que, una vez acreditada la prestación personal de un servicio, opera la presunción legal antes dicha, en virtud de la cual, corresponde al empleador, demostrar que la actividad personal por la vía de la prestación de servicios y desplegada por quien demanda su condición de trabajador subordinado, en realidad lo fue con plena autonomía e independencia. Al respecto, se advierte que ningún esfuerzo probatorio desplegó la demandada para derrumbar la presunción que cobija al actor, pues se limitó a aportar los contratos que dan cuenta de la prestación personal del servicio, olvidando de esta forma la pasiva que en tipo particular de juicios, una vez demostrada la prestación del servicio, se invierte la carga de la prueba en contra de quien funge como empleador, corriendo por su cuenta la carga demostrativa y no de la demandante el acreditar todas las circunstancias en que se ejecutó la actividad personal para

demostrar que no era autónoma e independiente, para lo cual, se ha dicho de manera insistente por la doctrina de la jurisprudencia laboral, que no es suficiente aportar al plenario los contratos de prestación de servicios, cuentas de cobro y demás documentos que formalmente se utilizan para esta clase de contratos. Lo anterior, permite confirmar la declaración de la existencia de la relación laboral, asumida igualmente en la sentencia de primer grado.

No existe discusión frente a los extremos temporales determinados, toda vez que según los aludidos contratos, se demuestra que la ejecución del servicio inició el 01 de junio de 2012, la cual se mantuvo sin solución de continuidad hasta el 15 de mayo de 2015, pues al efecto no hubo solución de continuidad, como se expuso en precedencia.

Determinado lo anterior, se procede al análisis particular de los reparos realizados en los recursos de apelación en torno a las condenas impartidas, iniciando, por cuestión metodológica, con las inconformidades respecto de la excepción de prescripción:

Para tal efecto, se habrá de remitir esta Sala de Decisión a lo dispuesto por los artículos 488 del CST y 151 CPTSS, los cuales, con relación al término extintivo de la acción sobre los derechos laborales, los cuales indican que prescribe en el término de tres años, contados a partir del momento en que se hayan hecho exigibles las respectivas obligaciones, siendo de especial relevancia en lo que interesa al tema, lo preceptuado por el artículo 489 del CST, que sobre el tema de la interrupción de la prescripción reza:

> ***«ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION.*** *El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción* ***por una sola vez****, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente».*

En el caso de marras, se tiene que la parte actora elevó la reclamación administrativa el 18 de marzo de 2016 (fls. 85 a 87 y CD fl. 56), por lo que se tiene que con dicho acto interrumpió el término prescriptivo en los términos del artículo 151 del CPTSS, en concordancia con el artículo 6 ibidem, la cual fue resuelta por medio de las resoluciones AL-00952 de 2016 y AL-05778 de 2016 del 07 de julio de 2016 (fls. CD fl. 56), momento para el cual se reactivó el término prescriptivo y por lo tanto, como la demanda se presentó el 16 de julio de 2019 (fl. 57), se concluye que estarían prescritas las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 18 de marzo de 2013, a excepción de las cesantías, puesto que dicha prestación resulta

exigible en su totalidad al momento en que ocurrió el despido, conforme se ha determinado por la H. Sala Laboral de la CSJ, criterio pacífico, citando a modo de ejemplo la sentencia SL 6552 de 2016. De igual modo, con relación a las vacaciones, en los términos de la sentencia CSJ SL981 de 2019,el término trienal de prescripción de los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se cuenta luego de transcurrido 1 año y 1 mes (1 año de periodo de gracia del empleador y 1 mes de periodo de gracia en favor del trabajador), razón por la que para efectos de ésta prestación se tiene que no está prescrita, dado que el contrato inició el 01 de junio de 2012.

Establecido lo anterior, se pasará a revisar las condenas impuestas, en el grado jurisdiccional de consulta, para ello no existe reparo respecto al salario acreditado del pago de los honorarios. En tal medida se verifica inicialmente la procedencia y cuantía de las condenas impartidas, en primer lugar, las de carácter legal y luego, si eran procedentes o no las de carácter convencional.

Con relación a las cesantías, resultan viables al haber sido instituidas de acuerdo a los artículos 27 del Decreto 3118 de 1968, 1° - 6° del Decreto 1160 de 1947, artículo 17, literal a) de la Ley 6° de 1945 y la ley 344 de 1996.

Efectuadas las operaciones matemáticas del caso se obtuvo lo siguiente por concepto de cesantías y vacaciones.

2012

CESANTIAS		
Días Trabajados	**Salario**	**Valor cesantías**
210	$1.271.000	$741.417

2013

CESANTIAS		
Días Trabajados	**Salario**	**Valor cesantías**
135	$1.271.000	$476.625

VACACIONES 2012		
Días Trabajados	**Salario**	**Valor Vacaciones**
210	$1.271.000	$370.708,33

VACACIONES 2013		
Días Trabajados	**Salario**	**Valor Vacaciones**
135	$1.271.000	$238.312,50

RESUMEN DEL CÁLCULO	
CESANTIAS	$1.218.042
VACACIONES	$609.021

Conforme a ello, se evidencia que los guarismos resultan iguales a los calculados por la Juez a quo, por ello, merecen ser confirmadas.

Con relación a las prestaciones de carácter convencional, se debe precisar que en el CD que obra a folio 56 se encuentra con la constancia de depósito del artículo 469

del CST, la Convención Colectiva de Trabajo -CCT, firmada por CAPRECOM EICE y SINTRACAPRECOM el 14 de noviembre de 1996, vigente desde el 14 de noviembre de 1996 al 13 de noviembre de 1998 (Cláusula 76), sin que exista prueba de que haya sido denunciada, por lo que al tenor del artículo 478 del CST, se entiende prorrogada por períodos sucesivos de 6 en 6 meses y en esa medida, continuaba su vigencia para la época en que culminó la relación laboral del actor (15 de mayo de 2013).

Ahora bien, como quiera que en el citado convenio colectivo, se indicó que el mismo era aplicable a los trabajadores oficiales sin efectuar distinción alguna, respecto a afiliados y no afiliados al aludido sindicato, por lo que, al haber ostentado el actor, dicha calidad, es por lo que le es aplicable y por lo tanto, se entrará a verificar las prestaciones concedidas por la a quo, en tal virtud.

AUXILIO CONVENCIONAL DE TRANSPORTE

Tal prebenda se estipuló en el artículo 47 de la CCT, según el cual, *«CAPRECOM reconocerá a todos los servidores públicos el auxilio de transporte que decreta el Gobierno Nacional…»*, por lo que no existe impedimento alguno para su reconocimiento, el cual se calcula en la suma de $133,250, equivalente a los últimos 58 días se servicios entre el 18 de marzo y el 15 de mayo de 2013, pues los anteriores se extinguieron en virtud de la prescripción. Dicha suma es superior a la de primer grado, por tanto, se confirmará el valor de esta condena en virtud de la consulta en favor de la accionada.

PRIMA DE RETIRO

Estipulada en el artículo 58 de la CCT, establece que *«CAPRECOM reconocerá adicionalmente por prima de retiro a sus trabajadores públicos, el equivalente a dos meses de salarios»*, que, en este caso, equivalen a la suma de $2.542.000, igual a la calculada por la juez de primer grado, de ahí, que deba confirmarse, conforme al nuevo entendimiento que de tal prestación adoptó recientemente la Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL2709 de 2019.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA (Art. 1º del D. 797 de 1949)

En relación con la indemnización moratoria, precisa la Sala que la condena por esta indemnización no se produce automáticamente, pues está sujeta al análisis que haga el juez respecto de la conducta del empleador al momento en que termina la relación laboral, de tal manera que si se encuentra que la conducta fue de mala

fe al no pagarle los salarios y las prestaciones que le correspondían al término del contrato hay lugar a su imposición, en el caso contrario, se absolverá. En el estudio de esa conducta debe recordarse que la entidad cuenta con 90 días, posteriores a la finalización del vínculo, para pagar las acreencias laborales (artículo 1° de la ley 797 de 1949). En el presente caso, se evidenció que se declaró que en la realidad, tal como se determinó en esta providencia, se ocultó una verdadera relación laboral, acto con el cual se determina un actuar desleal frente al trabajador, sumado al hecho de que la suscripción de los contratos de prestación de servicios, en este caso, no se justificaban por el conocimiento especializado de la demandante, con lo que se incumplió también lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, circunstancias éstas que permiten concluir que no se acreditó la buena fe que permita exonerar a la entidad demandada, por lo que se colige la procedencia de ésta indemnización y en consecuencia se confirmará su imposición, pero la misma se limitará, de conformidad con los argumentos que pasan a exponerse.

Como se indicó, debe limitarse su reconocimiento en el tiempo, debido a una situación de fuerza mayor ocurrida en el momento en que CAPRECOM dejó de existir, definición a la que se arriba no por el simple estado de liquidación de la misma, sino que obedece a la finalización y extinción de la vida jurídica de dicha entidad y la obligación en cabeza del liquidador.

En efecto, si bien CAPRECOM por no haber pagado su deuda al término del contrato de trabajo, produjo que se causara la indemnización moratoria, ésta solo puede correr hasta su liquidación final, puesto que quien fungió como liquidador por virtud legal, estaba sujeto al cumplimiento de las normas del proceso liquidatorio, que son situaciones constitutivas de fuerza mayor que le impidieron satisfacer las obligaciones de la demandante y que justifican la limitación de la condena en la medida en que no existe prueba de que dentro del proceso de liquidación se hubieran admitido como pasivo las prestaciones e indemnizaciones de este proceso.

En este punto, se precisa que con esta posición no se desconoce, pues se comparte íntegramente lo considerado por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que el hecho de que una entidad se encuentre en proceso de liquidación no la exonera de la indemnización objeto de estudio, por lo tanto se aclara que de lo que se trata en este caso, es de valorar la situación de la muerte legal de la entidad en virtud de su liquidación final, que impide que la referida indemnización continúe

indefinidamente en el tiempo, pues la entidad a partir de ese momento, incluso, dejo de existir, y por lo tanto no sería sujeto de derechos ni obligaciones.

Así entonces, cuando se está ante el evento de la liquidación de una empresa, se entiende que, dentro de ese proceso deben incluirse las acreencias correspondientes a los haberes de los trabajadores y por tanto, esta liquidación no impide que se pueda calificar su conducta como de mala fe. Caso contrario sucede cuando sobreviene la liquidación de la persona jurídica pues la mala fe predicada del empleador y que generó la indemnización moratoria, no puede trasladarse al liquidador, quien, dada esa especial calidad, está obligado por la ley a asumir las deudas reconocidas en el proceso liquidatario y es por tanto de éste que se predica que se encuentra frente a un evento de fuerza mayor y por ende, es que la indemnización moratoria, solo se limita hasta la fecha de finalización del proceso liquidatorio de la entidad, teniendo presente, que a partir de ese momento, perdió toda posibilidad de cumplir sus obligaciones como empleador.

Conforme lo anterior la Sala encuentra procedente la condena por concepto de indemnización, pero limitándose su cuantificación hasta el 27 de enero de 2017 fecha en que fue publicado en el Diario Oficial el Acta Final del Proceso Liquidatorio de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM; así entonces, empezaría a causarse 90 días después de la terminación del contrato de trabajo que a través de este proceso se declaró, advirtiendo en este punto la Corporación que conforme recientemente lo ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencias SL 981-2019 y SL2584-2019 este lapso se debe contar en **días calendario** y no hábiles, expresándose en la primera de las providencias referidas: «*(…) en el Derecho del Trabajo existe la particularidad de que el contrato de trabajo se ejecuta día a día, desde la fecha de su suscripción hasta aquella de su finalización. Todos los días, incluso los de descanso dominical y festivo, suman para efectos laborales*». En esa medida, le asiste razón al recurrente por activo y se contabilizará dicho término, desde el dieciséis (16) de agosto de 2013 (vencimiento de los 90 días) hasta el 27 de enero de 2017 con base en un salario diario de $42.367, pues el último salario mensual fue de $1.270.000, por lo que le correspondería al demandante la suma de $52.619.400 por concepto de indemnización moratoria, empero como el valor calculado en primer grado fue inferior, se confirmará tal condena que se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la accionada.

Sobre está ultima condena, se confirmará la indexación ordenada, pues esta tiene por objeto el de prevenir la devaluación de la moneda y en esa medida tal suma de dinero hasta la fecha de su pago sufrirá un envilecimiento, razón por la cual resulta procedente esta condena. Se confirma la decisión de primera instancia en este aspecto.

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,

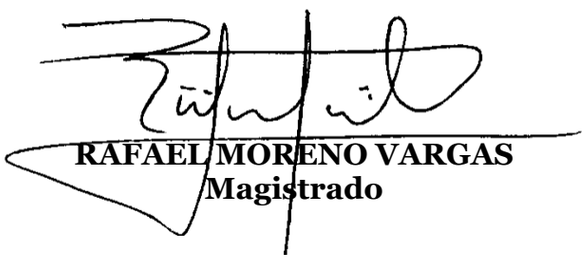
RESUELVE

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

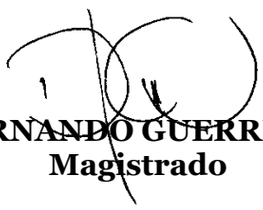
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya

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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA DEL PILAR SALAZAR ARENAS contra CHEVRON PETROLEUM COMPANY y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES. Rad. 110013105-018-2019-00648-01.

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

PROVIDENCIA

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 contra la decisión de fecha 05 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La señora **MARIA DEL PILAR SALAZAR ARENAS** actuando en representación del menor **ALEJANDRO FRANCO SALAZAR** formuló demanda ordinaria laboral en contra de **TEXAS PETROLEUM COMPANY** hoy **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** en la que pretende se declare que entre el señor BOLÍVAR IGNACIO FRANCO PORRAS y TEXAS PETROLEUM COMPANY hoy CHEVRON PETROLEUM COMPANY, existió un contrato de trabajo del 11 de febrero de 1971 al 15 de enero de 1995; sin embargo, no pagó las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en pensiones a favor del señor BOLÍVAR IGNACIO FRANCO PORRAS, entre el 11 de febrero de 1971 allí de septiembre de 1971 y del 4 de enero de 1978 al 15 de enero de 1995. Que se declare que el señor BOLÍVAR IGNACIO FRANCO PORRAS, dejó causada la pensión de vejez consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Que el menor ALEJANDRO FRANCO SALAZAR, en su condición de hijo del señor BOLÍVAR IGNACIO FRANCO PORRAS tiene derecho a recibir sustitución

pensional de la pensión de vejez causada por su padre, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, a partir del 13 de diciembre de 2002.

En consecuencia, se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a liquidar y recibir el cálculo actuarial por las cotizaciones dejadas de pagar por CHEVRON PETROLEUM COMPANY a favor del señor BOLÍVAR IGNACIO FRANCO PORRAS, entre 11 de febrero de 1971 al 11 de septiembre de 1974 y del 04 de enero de 1978 al 15 de enero de 1995, y estas sean pagadas por la demandada. Se condene a COLPENSIONES a pagar la sustitución pensional de la pensión de vejez causada a favor del hijo del causante, a partir del 13 de diciembre de 2002, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a pagar las mesadas adicionales de junio y diciembre a favor del menor. Se condene a COLPENSIONES a pagar los intereses de mora sobre las mesadas adeudas a favor del menor ALEJANDRO FRANCO SALAZAR, a partir del 18 de febrero de 2005 o, en su defecto, a pagar la indexación de las mesadas dejadas de pagar y se condene a las demandadas a las costas y agencias en derecho a favor de la parte actora.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el señor BOLÍVAR IGNACIO FRANCO PORRAS, nació el 13 de diciembre de 1942. Mencionó que entre el mencionado señor y CHEVRON PETROLEUM COMPANY existió un contrato de trabajo del 11 de febrero de 1971 al 15 de enero de 1995, 23 años, 11 meses y 4 días, desempeñando el cargo de Gerente. Expuso que los salarios devengados del trabajador de 1985 a 1990, de acuerdo con los incrementos fueron: 1986: $941.137,92, 1987: $1.176.422,40, 1988 $1.470.528,00, 1989: 1.838.160,00 y 1990: $2.297.700,00. Agregó que CHEVRON PETROLEUM COMPANY afilió al ISS al mencionado empleado el 12 de septiembre de 1974, precisó que, al realizar la anterior afiliación, el empleador subrogó en el sistema la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, dejando de aplicarse así el Régimen Patronal previsto en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo. Agregó que la empresa desafilió al trabajador sin razón alguna del «Sistema de Seguros Sociales en Pensiones» el 03 de enero de 1978, en consecuencia, la accionante no pagó las cotizaciones al «Sistema de Seguros Sociales en Pensiones» a favor del señor BOLÍVAR IGNACIO FRANCO PORRAS, entre el 11 de febrero de 1971 al 11 de septiembre de 1971, y del 04 de enero de 1978 al 15 de enero de 1995, dicha desafiliación y el consecuente impago de cotizaciones generó que el señor BOLÍVAR IGNACIO FRANCO PORRAS no se beneficiara de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES, el cual al 01 de abril de 1994, contaba con 51 años de edad y 23 años al servicio de la demandada, por lo que era beneficiario del Régimen de Transición, no obstante, el 18 de enero de 1995

el empleador convocó al causante a celebrar una conciliación ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el que se ofreció un pacto único de pensión por valor de $595.092.400 por concepto de *«pensión de jubilación a cargo de la empresa que se causaría en el futuro»* como si al trabajador le aplicara tal régimen pensional después de haber sido afiliado al «*Sistema de Seguros Sociales en Pensiones*» el 12 de septiembre de 1974. Informó que ante el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, bajo el número de radicado 2005-817, el trabajador demandó a la enjuiciada para que se declarara nula el Acta de Conciliación No. 113 del 18 de enero de 1995, en cuanto a la pensión de jubilación, por haberse conciliado un derecho cierto e irrenunciable del trabajador y que tenía derecho a la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, siendo su primera mesada pensional equivalente a la suma de $6.180.000,00, junto con los aumentos legales, las cotizaciones a la EPS, las mesadas causadas entre los años 2002 y 2005.

Expuso que el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 06 de marzo de 2006 absolvió a la demandada, decisión que fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Mencionó que contra la anterior decisión el demandante presentó recurso extraordinario de casación, y la Corte Suprema de Justicia decidió no casar la sentencia de segundo grado. Advirtió que, en el proceso ordinario laboral previamente adelantado se buscó declarar la nulidad del Acta de Conciliación No. 113 del 18 de enero de 1995, por considerar que se había conciliado un derecho cierto e irrenunciable del trabajador, cuál era la pensión de jubilación, pero no versó sobre las cotizaciones a seguridad social a cargo de COLPENSIONES que hoy se reclaman. Anotó que en el Acta de Conciliación No. 113 del 18 de enero de 1995 las partes conciliaron la pensión del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo a cargo del empleador, que ya no le aplicaba por haber sido afiliado al «Sistema de Seguros Sociales en Pensiones» el 12 de septiembre de 1974, más no las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones que hoy se reclaman. Anotó que, en el Acta de Conciliación, se concilió la pensión a cargo de COLPENSIONES, mencionó que los requisitos pensionales para acceder a la pensión de vejez, fueron cumplidos por parte del señor BOLÍVAR IGNACIO FRANCO PORRAS. Adujo que ella (la demandante) junto con el causante, tuvo un hijo al que llamaron ALEJANDRO FRANCO SALAZAR el 18 de febrero de 2005, que el fallecido FRANCO PORRAS, el 20 de diciembre de 2018, dejó causado el derecho a la pensión de vejez, aplicable en virtud del Régimen de Transición. Advirtió que, al menor, en su condición de hijo del señor BOLÍVAR IGNACIO FRANCO PORRAS le asiste el derecho a que se le reconozca la sustitución pensional de la pensión de vejez que dejó causada su padre.

Finalmente añadió que el menor ALEJANDRO FRANCO SALAZAR a la fecha de presentar la demanda tiene 14 años de edad (Exp. Digital. 01. Expediente 18-2019-648 Fls. 4 a 25 y 244).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La sociedad **CHEVRON PETROLEUM COMPANY** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que si bien no se discute que existió error, dolo o violencia respecto de la conciliación celebrada entre la compañía y el señor BOLIVAR IGNACIO FRANCO PORRAS (q.e.p.d.) en la Inspección 17 de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el 18 de enero de 1995, el exempleado instauró dos demandas ordinarias laborales solicitando la nulidad de la conciliación suscrita con la empresa. Indicó que en proceso ordinario que correspondió al Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, fallado en primera instancia por el Juzgado 14 Laboral de Descongestión de Bogotá D.C., se resolvió, en Sentencia del 08 de Octubre del año 2013, declarar probada la excepción de cosa juzgada, es decir, dando plena validez al acta de conciliación celebrada entre las partes, lo cual fue confirmado por la Sala Laboral de Descongestión del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, el 29 de febrero de 2014, ratificando la total validez del Acta de Conciliación referida, de lo cual el demandante no interpuso recurso de casación, es decir, estuvo conforme con la decisión del Honorable Tribunal, y como consecuencia de ello, el pago de la pensión de jubilación y mencionada. Igualmente, el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, a quien le correspondió por reparto el proceso, en Sentencia del 06 de marzo de 2006, resolvió declarar probada la excepción de cosa juzgada, dando asimismo plena validez al Acta de Conciliación referida, decisión frente a la cual, la parte demandante interpuso recurso de apelación sobre lo resuelto en esa oportunidad, correspondiéndole por descongestión a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Cundinamarca, quien, en providencia del 09 de noviembre de 2007, resolvió confirmar la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., reconociendo la legalidad del Acta de Conciliación. Expuso que el apoderado del demandante interpuso recurso de casación ante la Honorable Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral, Corporación que en providencia del 22 de noviembre del año 2011 no caso la sentencia del Honorable Tribunal, avalando jurídicamente la viabilidad del Pacto Único convenido en el Acta de Conciliación y, por lo tanto, reafirmando que la misma se ajustó estrictamente a la Ley e hizo tránsito a cosa juzgada, con los mismos efectos de una sentencia judicial. En ese orden de ideas, concluyó que, para que una conciliación pierda validez, se debe demostrar que existió algún vicio del consentimiento de alguna de las partes. De

acuerdo con lo dicho, estimó que no existe ninguna razón para restarle validez a la tantas veces mencionada conciliación celebrada entre las partes el 15 de junio de 2004, pues, además de que no hubo ningún vicio del consentimiento, con ella no se lesionaron derechos ciertos e indiscutibles o mínimos e irrenunciables del trabajador. Formuló como excepciones de mérito las de «cosa juzgada», «inexistencia de las obligaciones», «cobro de lo no debido», «doctrina probable», «compensación» y «prescripción» (Exp. Digital. CD FL. 262).

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando para tal efecto que el señor BOLIVAR IGNACIO FRANCO PORRAS (Q.E.P.D.), no dejó causado derecho alguno en modalidad de pensión de vejez, como tampoco en modalidad de pensión de sobrevivientes, debido a que no acredita la densidad de semanas exigidas por la norma. Aunado a ello, y en vista que la hoy demandante manifiesta que el señor fallecido, estuvo laborando para la compañía CHEVRON PETROLEUM COMPANY entre el 11 de febrero de 1971 al 11 de septiembre de 1971 y del 4 de enero de 1978 al 15 de enero de 1995, ello no corresponde a la realidad del causante, pues al avizorar la historia laboral en la misma solamente obran cotizaciones de parte de TEXAS PETROLEUM COMPANY por los periodos del 12 de septiembre de 1974 al 03 de enero de 1978, y no como lo asegura la demandante. Agregó que al 01 de abril de 1994 el causante contaba con 51 años de edad, por lo que le sería aplicable el Régimen de transición en principio; sin embargo, reiteró que el mismo no contaba con la densidad de semanas para la fecha en mención, motivo por el cual, no consideró procedente el reconocimiento y pago de pensión de vejez. Presentó como excepciones de mérito las de «falta de legitimación de la causa por pasiva», «falta de causa para pedir», «inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido», «prescripción», «buena fe de Colpensiones», «no configuración del derecho al pago de indexación o reajuste alguno», «imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «compensación», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público» e «innominada o genérica» (Exp. Digital. CD FL. 265 Fls. 01 a 25).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 05 de agosto de 2021, absolvió a las entidades demandadas de la suplicas invocadas por la

señora MARIA DEL PILAR SALAZAR ARENAS, quien actúa en calidad de representante del menor ALEJANDRO FRANCO SALAZAR.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que, encontró nuevos hechos respecto del proceso que ya se había llevado a cabo por las partes del cual se alegó cosa juzgada, por lo que consideró no configurada la excepción de cosa juzgada, además al no existir identidad de partes, ni de causa y objeto, dicho esto, se refirió al pago del cálculo actual, de lo cual adujo que, se demostró la existencia del contrato de trabajo entre el señor BOLIVAR IGNACIO FRANCO PORRAS y la sociedad CHEVRON PETROLEUM COMPANY, desde el 11 de febrero de 1971 hasta el 15 de enero de 1995, terminado el contrato por mutuo acuerdo entre las partes que se deduce del Acta de conciliación que las partes enunciaron allí, como en la respectiva contestación de la demanda, asimismo, halló probado que mediante Resolución 4550 de 1993 se llamó a inscripción en el Régimen de los Seguros Sociales a los empleadores y trabajadores de las actividades extractivas de la industria del petróleo y sus derivados, a partir del 01 de octubre de 1993, indicó que la asunción del riesgo tanto de invalidez como de vejez y muerte por parte del Instituto Colombiano de Seguros Sociales –ISS fue gradual y progresiva, y a fin de atender dichos objetivos, el Acuerdo 224 de 1966, clasificó a los trabadores en función del tiempo de servicios que tuvieran al momento de la inscripción, lo cual, para el caso en concreto, señaló que al 01 de octubre de 1993, fecha en que el ISS asumió los riesgos de invalidez, vejez y muerte, llevaba laborando más de 20 años al servicio de la empresa CHEVRON PETROLEUM COMPANY, por lo que esta última debía reconocer la pensión de jubilación al trabajador, sin embargo, para la fecha en que fue finalizado el vínculo laboral, el trabajador no cumplía con la edad requerida para acceder a la prestación enunciada, aun así, la entidad pagó una suma única por pensión, actuación que fue objeto de demanda y que se declaró valida aun cuando el demandante alegó al existencia de un nuevo beneficiario. De igual forma, estimó que para el momento en que el ISS llamó a inscripción al trabajador fallecido, este llevaba más de 20 años de servicio a la empresa y por lo tanto, esta última debía asumir el riesgo, no estando en la obligación de afiliarlo al sistema, más cuando efectuó un pago único de pensión que involucró las mesadas que podían causarse a favor inclusive de la cónyuge del trabajador en caso de fallecimiento. Recordó que la Sala de Casación Laboral ha recalcado que independientemente de las razones que tengan las empresas para no inscribir a los trabajadores al ISS, los tiempos laborados deben tener una incidencia pensional y no pueden perderse, mencionando que contrario a ello, dichos tiempos no cotizados fueron validados para la estructuración de una pensión directamente, por vía conmutación o a cargo del empleador, expresó que no hay lugar al pago de cálculo actuarial, pues de

imponerse, seria obligar dos veces al empleador asumir el riesgo de vejez por un mismo trabajador, por tal motivo, advirtió que CHEVRON PETROLEUM COMPANY no está en la obligación de pagar el cálculo actuarial, de ser así, reiteró que la sociedad pagaría dos veces el riesgo de vejez sobre el mismo trabajador, pues, aunque la prestación no se pagó de tracto sucesivo, si realizó un pago único por pensión cumpliéndose con la finalidad de los tiempos laborados.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada judicial de la accionante interpuso recurso de apelación respecto de no ordenar el cálculo actuarial y reconocimiento de la pensión, argumentando que se omitió que estuvo probado que en el historial de cotizaciones del ISS hoy COLPENSIONES, el empleador afilió al señor BOLIVAR IGNACIO FRANCO al Sistema de Seguros Sociales en Pensiones el 12 de septiembre de 1974, hecho que no fue controvertido por la pasiva, señalando que se había tratado de un error pero ello debió justificarse, agregó que al aplicarse esa subrogación al sistema, dejó de aplicarse el régimen patronal por el cual hay lugar a ordenar el pago del cálculo actuarial, expuso que llamó la atención que el trabajador fue desafiliado sin ningún fundamento, aduciendo en la actualidad que se trató de un error. De igual forma manifestó que tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han ordenado a CHEVRON PETROLEUM COMPANY el pago del cálculo actuarial, incluso bajo dichos argumentos, cuando se ha acreditado que han realizado la afiliación correspondiente, enfatizó que el asunto lleva implícito el derecho a un menor, además que la pensión se dejó causada desde el año 2002, motivo por el cual se debe aplicar la normatividad para esa época, finalmente añadió que no se hicieron cotizaciones por parte de la demandada para los años 1993 a 1995, lo que hizo imposible acceder a la pensión a cargo de COLPENSIONES, adujo que al año 1995 se tenían más de las mil semanas cotizadas por el causante, encontrándose en el régimen de transición y además tenía la edad, por tanto, el menor hijo del fallecido tiene derecho a la pensión, haciendo finalmente alusión que debe tenerse presente la prescripción que aplica a los menores de edad.

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, las accionadas COLPENSIONES y CHEVRON PETROLEUM COMPANY, solicitando que se

confirme la decisión. La parte actora, en similares términos a los de la alzada solicitó que se revoque la decisión y se concedan las pretensiones.

PROBLEMA JURIDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar, i) si hay lugar a que la demandada CHEVRON PETROLEUM COMPANY pague a favor del fallecido señor BOLIVAR IGNACIO PORRAS, los aportes correspondientes a los periodos comprendidos entre el 11 de febrero de 1971 al 11 de septiembre de 1974 y del 04 de enero de 1978 al 15 de enero de 1995, en caso afirmativo, verificar la procedencia de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES y si ésta debe pagar al menor ALEJANDRO FRANCO SALAZAR la sustitución pensional en calidad de hijo; ii) previamente, se analizará si se encuentra configurada la cosa juzgada.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver la problemática jurídica así planteada, se advierte que no fue objeto de discusión la existencia del contrato de trabajo entre el señor BOLIVAR IGNACIO FRANCO PORRAS, hoy fallecido, y la accionada CHEVRON PETROLEUM COMPANY, toda vez que la empresa al contestar la demanda aceptó la existencia del mismo por el periodo comprendido entre el 11 de febrero de 1971 al 15 de enero de 1995; así como el hecho que El día 18 de enero del 1995, el señor BOLIVAR IGNACIO FRANCO PORRAS y la empresa TEXAS PETROLEUM COMPANY suscribieron el acta de conciliación No. 113, en la Inspección 17 de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en la cual se pactó como una suma única por concepto la pensión que a futuro se causaría por valor de $595.092.400 (fls. 94 a 96); hechos que son aceptados por el empleador demandado desde el momento de trabarse la litis, siendo además definidos por el a quo y no son motivo de alzada, razón por la cual, se procede a definir el problema jurídico.

Pues bien, en un escenario como el descrito, es menester precisar que el artículo 303 del CGP establece que, ejecutoriada una sentencia, produce efectos de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y que entre ambos procesos exista identidad jurídica de partes.

La institución de la cosa juzgada, en virtud del principio de la seguridad jurídica, impide que un asunto que ya fue definido por la jurisdicción ordinaria, pueda volver a ser sometido a su estudio, pues toda sentencia judicial ejecutoriada goza de la

presunción de legalidad y de justicia que impide un nuevo análisis de los supuestos fácticos y jurídicos allí debatidos

Para que se configure este medio exceptivo, se deben acreditar los siguientes elementos: (i) la existencia de proceso anterior definido por sentencia debidamente ejecutoriada, (ii) que exista identidad de partes, (iii) que haya identidad de pretensiones y, finalmente, (iv) identidad de hechos, requisitos que se pasan a analizar.

Por lo tanto, teniendo en cuenta los anteriores parámetros, debe advertirse que no existe discusión frente a la existencia de dos procesos anteriores definidos por sentencias debidamente ejecutoriadas, tal como se corrobora con la prueba documental obrante de folios 83 a 203 del archivo digital *«01. Expediente 18-2019-648.pdf»* y en las páginas 97 a 185 del archivo *«Contestación Demanda.pdf»*. Allí se da cuenta que el el causante BOLÍVAR IGNACIO PORRAS FRANCO inicialmente instauró proceso ordinario laboral de primera instancia, que por reparto le correspondió al Juzgado 15 Laboral del Circuito, radicado bajo el No. 1997-09366. Se resalta que, en dicho proceso ordinario laboral, la parte actora demandó *el mayor valor de la cesantía causada a favor del actor por el periodo comprendido entre el 11 de febrero de 1971 al 31 de diciembre de 1992, teniendo en cuenta la totalidad de las sumas recibidas durante el año 1992 por concepto de salarios, viáticos/anticipos de gastos de viaje/cuentas de gastos de viaje, prima o bonificación de vacaciones, prima o bonificación por antigüedad/estabilidad y prima extralegal*, lo anterior, con base en el tiempo de servicios prestados para la empresa TEXAS PETROLEUM COMPAÑY.

Dicho proceso culminó en primera instancia con sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C, el 08 de octubre de 2013, mediante la cual se declaró probada la cosa juzgada en atención a que los conceptos solicitados fueron objeto de conciliación el 18 de enero de 1995, considerándose «*que en este caso, se configuran los elementos de la cosa juzgada, por lo que se impone absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, tanto principales como subsidiarias, dado que sobre unas y otras, recayó el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes*» y se agregó que *«del contenido del acta de conciliación, se deduce que lo conciliado por las partes,* ***además de la pensión anticipada****, como acontece en el caso estudiado por la Corte,* ***también recayó sobre todos aquellos aspectos derivados del contrato de trabajo****»*. La decisión al no ser recurrida por parte demandante, fue

revisada en el grado jurisdiccional de consulta por la Sala Laboral de Descongestión, siendo confirmada la decisión inicial mediante sentencia del 29 de febrero de 2014, donde se consideró entre otros apartes que *« la parte demandante aceptó en su totalidad los términos del acuerdo que abarca toda clase de derechos inciertos y discutibles que pudieran desprenderse de la relación laboral»*, así como que *«los derechos reconocidos en el acuerdo de voluntades se contraen al reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás derechos laborales que se pudieran corresponder al actor, con motivo del contrato de trabajo que unió a las partes y en tal virtud, existiendo un acuerdo conciliatorio plenamente válido y eficaz conforme se expuso anteriormente, el cual* ***finiquitó cualquier tipo de controversia que se pudiere suscitar con ocasión de dicha relación de trabajo****, se cumplen a cabalidad los supuestos para declarar la prosperidad de la excepción de COSA JUZGADA propuesta por el extremo pasivo»*.

De otra parte, en el segundo proceso propuesto por el hoy fallecido BOLIVAR FRANCO PORRAS, se solicitó entre otras pretensiones, la anulación del acta de conciliación No. 113 del 18 de enero de 1995 de la Inspección 17 del Trabajo suscrita con la empresa TEXAS PETROLEUM COMPANY *«en cuanto a la pensión de jubilación, por haberse conciliado un derecho cierto e irrenunciable del trabajador»*, demanda que le correspondió por reparto al Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual, mediante sentencia del 06 de marzo de 2006 declaró probada la excepción de cosa juzgada, considerando para tal efecto que *«entre las partes surgió una controversia con relación a algunos aspectos de carácter laboral,* ***en especial el pacto único de pensión de jubilación****, habiendo considerado el demandante y su cónyuge más beneficios para ellos el que les diera una suma actual y presente de esa pensión que se causaría a futuro, suma esta que de acuerdo con el cálculo actuarial que aprobara el Instituto de Seguros Sociales mediante comunicación UPA No. 026 del 1° de febrero de 1995 y que obra a folio 30, arrojó la suma de $595'092.400.oo pesos»*; con lo cual se concluyó que *«no existió causal de nulidad del acta de conciliación celebrada entre las partes con el argumento de haberse conciliado un derecho cierto e irrenunciable como lo es la pensión de jubilación, pues tal y como lo expuso la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, es posible en el caso de la pensiones de jubilación a cargo del patrono llegar a un acuerdo conciliatorio con relación a ese eventual derecho y en especial con las mesadas pensiónales que se causen hacia el futuro, habiéndose preservado los posibles derechos que a título de sustitución pensional le correspondieren a la cónyuge, pues no en vano compareció esta al proceso de*

conciliación y dio su asentimiento al acuerdo celebrado, en consecuencia las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar».

Apelada la anterior sentencia, se profirió decisión de segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca el 09 de noviembre de 2007, confirmándose la de primer grado, siendo objeto de análisis la plurimencionada acta de conciliación, respecto de la cual se indicó que *«del texto del acta se colige que entre las partes se llegó al acuerdo para que la demandada le cancelara al demandante una suma de dinero como pacto único de pensión, para lo cual se contrató la respectiva entidad encargada de efectuar el cálculo actuarial. Además obra, carta suscrita por el vicepresidente de pensiones del ISS, dirigida al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante la cual, le indica que para efectos del Decreto 2747 de 1974, y de acuerdo con las disposiciones legales vigentes y principalmente el artículo 11 del Decreto 331 de 1976, le comunican que la unidad de Planeación y Actuaría del Instituto de los Seguros Sociales, ha revisado y encontrado conforme el cálculo actuarial elaborado por Accesoria Actuariales Ltda., para determinar la reserva a cargo de la Empresa Texas Petroleum Company, y arroja un capital constitutivo de $595.092.400 […] Por lo anterior estima la Sala que no se quebrantó derecho alguno del trabajador, pues para la fecha de celebración del pacto no había cumplido la edad para tener derecho a la pensión de vejez. De otra parte, la circunstancia que hubiese intervenido la cónyuge del demandante, tampoco le resta validez, pues como lo indica el recurrente ella no era la titular del eventual derecho.*

Tampoco en el presente caso tiene incidencia la circunstancia que tiempo después de celebrado el pacto, hubiese nacido un hijo del demandante, pues no podría afirmarse que cuando se celebró el pacto se le violó algún derecho a una persona que por los menos en ese momento no se dejó constancia de su existencia y por la fecha de su nacimiento (18 de febrero de 2005 folio 25) evidentemente no se podía ni siquiera presumir».

Tal decisión fue objeto del recurso extraordinario de casación, el cual fue resuelto a través de la sentencia del 22 noviembre de 2011,con radicación 35713, donde se revisó igualmente lo relativo al pacto único de pensión, precisando que *«su relación con la prohibición de conciliar derechos ciertos e indiscutibles, de tiempo atrás se ha admitido por la Sala la validez de esos pactos, siempre y cuando, eso sí, se reúnan las exigencias establecidas en la ley»,* para lo cual recordó que *«Ciertamente el pago de los derechos pensiónales, los que la empresa le proporciona al pensionado, ha de hacerse por un valor exacto cuando es causado,*

o si son derechos futuros de incierta causación con un valor técnicamente estimado; las normas reglamentarias de la seguridad social han establecido fórmulas y procedimientos para hacer del cálculo actuarial un estimativo confiable, más no por ello preciso, pues se hace sobre variables simplemente probables. ***De esta manera el pago del valor del cálculo actuarial libera definitivamente a la empresa de la obligación pensional****, sin lugar a ajustes, ni a devoluciones, porque, por ejemplo, la fecha que se estimó como probable de la muerte se anticipe o se postergue. Lo anterior no es óbice, para solicitar la revisión del cálculo si se hubiere incurrido en equivocaciones en su elaboración. […] Por último, existe notorias diferencias entre las mesadas pensiónales causadas, las cuales no pueden ser objeto de conciliación,* ***y las eventuales que son las que están en curso de adquisición por el transcurso del tiempo****. Estas últimas son las que pueden solucionarse anticipadamente mediante el pacto único de pensiones de jubilación,* ***previo el cumplimiento de los requisitos señalados por el Estatuto Tributario, como son, la celebración del pacto por escrito, la presentación del cálculo actuarial*** *y la aprobación del mismo por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o* ***el Instituto de Seguros Sociales****.*

El pacto así celebrado constituye garantía para el trabajador pensionado, especialmente cuando se está frente al cierre, liquidación o notable estado de descapitalización del empleador que pueden hacer nugatorio el derecho pensional de los trabajadores afectados portales circunstancias».

A más de lo anterior, agregó el Alto Tribunal que *«que en modo alguno la conciliación celebrada por el actor podía verse afectada por los cambios futuros en su núcleo familiar, bien fuera por la procreación de uno o más hijos o por la conformación de un nuevo hogar, derivada de la convivencia con otra mujer; primero,* ***porque concilió la expectativa sobre un derecho personal****, en segundo lugar, porque el acuerdo no versó sobre un derecho adquirido y, en tercer lugar, porque el eventual derecho de los beneficiarios del pensionado sólo nace con el deceso de éste»* (lo resaltado es ajeno al texto original).

De las decisiones judiciales referenciadas, confrontadas aquí y ahora con las pretensiones de este proceso, se evidencia que existe identidad de partes, de objeto y causa, toda vez que en esta acción, si bien la parte demandante no es el señor BOLIVAR FRANCO PORRAS, quien demanda sí solicita a nombre de este la pretensión principal de este proceso que se contrae primordialmente a que con base en el tiempo laborado y que fue objeto de conciliación en el pacto único de pensión,

se conceda la pensión de vejez en favor del señor BOLÍVAR IGNACIO FRANCO PORRAS para sustituírsela al menor demandante en calidad de hijo. También existe identidad en el objeto, porque se pretende el pago de unos aportes pensionales a través de un cálculo actuarial y que ya fueron conciliados con el referido pacto único de pensión y desde luego, la causa no es otra que el contrato de trabajo del fallecido señor Franco Porras, como quiera que de ahí es de donde se reclaman los referidos aportes eventualmente dejados de satisfacer siendo la génesis de las pretensiones incoadas.

Tales aspectos, a juicio de esta Sala resultan totalmente improcedentes debatirlos en este nuevo litigio, habida cuenta que en las decisiones judiciales primigenias se abarcó lo relativo a la validez del acta de conciliación que tuvo por zanjado cualquier reclamación derivada del contrato de trabajo del causante, lo que desde luego cobija lo relativo al pago de aportes que se reclaman en este proceso con la finalidad de configurar una pensión de vejez a cargo del ISS, hoy COLPENSIONES, constituyéndose a su turno en cosa juzgada, lo que no permite un estudio y definición, otra vez, de los derechos derivados del contrato laboral, incluidos los pensionales, así sea por una vía indirecta pero que no se puede escindir de la primigenia, como se busca en este nueva Litis.

Así mismo, la Corporación evidencia que las decisiones adoptadas abarcaron lo atienente a los derechos pensionales que a futuro pudieran derivarse de la conciliación, incluyendo los que eventualmente pudieren corresponder al menor que hoy demanda en nombre de su padre a través de su madre; razón por cual, no puede pretenderse en un nuevo escenario judicial, que se estudie si hay lugar a pagar un cálculo actuarial por no existir cotización por parte del empleador, en tanto y en cuanto ello ya se definió y decidió en aquellos procesos, pues se itera, tales cuestiones fácticas y eventuales derechos ya fueron estudiados en sede judicial otorgando plena validez a la conciliación que zanjó cualquier diferencia derivada del contrato de trabajo del causante y conforme a los hechos planteados en aquellas oportunidades, por lo que es claro y contundente que los jueces de turno aplicaron el derecho que estimaron era el que amparaba y regulaba la situación pensional del causante y sus efectos a futuro.

De conformidad con lo anterior, se considera que el derecho reclamado en el presente proceso se encuentra afectado por el fenómeno de la cosa juzgada, dado que en este juicio nuevamente se trae a discusión intrínsecamente, la validez de una conciliación que ya zanjó cualquier diferencia o derecho derivado del contrato de

trabajo del señor BOLIVAR FRANCO, sin que le sea dable a esta sala hacer consideración alguna al respecto.

Por lo tanto, se considera que no hay lugar a levantar el velo de la cosa juzgada, la cual, de forma oficiosa declara esta Sala de Decisión. Razón por la cual, no hay lugar a verificar los planteamientos de la parte actora en la apelación, dado que pendían de la prosperidad o no de declarar la cosa juzgada y es por ello que se confirmará la decisión de primer grado, pero por estas precisas razones.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia ante su no causación.

DECISIÓN

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

RESUELVE

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

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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JOSE VICENTE ZAMBRANO MORENO contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-021-2020-00197-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de agosto de 2021. De igual modo, la revisará en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **JOSE VICENTE ZAMBRANO MORENO** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, en el mes de julio de 1995 ante la AFP ING, hoy en día PROTECCION, por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento para que se trasladara al RAIS. En consecuencia, se declare la nulidad de la afiliación y/o ineficacia de traslado de la afiliación efectuada en enero de 2000 con la AFP PORVENIR. Que como consecuencia de la nulidad se ordene a AFP PORVENIR, retornar todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RPMPD administrado por COLPENSIONES. Que se ordene a COLPENSIONES, recibir en el

RPMPD a mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad. Se condene a lo ultra y extra petita, costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, mencionó que desde el 1° de agosto de 1980 hasta el 30 de junio de 1995, estuvo afiliado al ISS, con la convicción de ser esta entidad la más estable para manejar su pensión, que para el 30 de junio de 1995 acumulo un total de 188 semanas cotizadas en el ISS, que para el mes de junio de 1995, laboró para CAMACHO, CARRIZOSA Y FERRO LTDA los asesores de la AFP ING, hoy en día AFP PROTECCION, le presentaron el nuevo régimen pensional. Que el asesor de la AFP ING le aseguró que el ISS se acabaría, perdiendo lo cotizado hasta el momento. Manifestó que el asesor de la AFP ING, le dijo que tendría mejores rendimientos y que podría pensionarse en el momento que quisiera, además de eso el asesor no le informó del derecho de retracto que le asistía. Que por todo lo anterior, realizó el traslado del RPMPD al RAIS. Además de ello, realizó traslado a la AFP COLMENA hoy en día PROTECCION en agosto de 1995, que realizó traslado a la AFP PORVENIR en enero del 2000. Explicó que los asesores de la AFP PORVENIR lo mantuvieron en error al momento de realizar el traslado. Adjuntó que tiene un total de 315 semanas cotizadas a diciembre de 2019 en el Sistema General de Pensiones. Que el día 27 de enero de 2001 radicó derecho de petición ante COLPENSIONES, solicitando que se declarara la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS y como consecuencia que se retorne al RPMPD. Que mediante oficio de fecha 28 de enero de 2020 COLPENSIONES, dio respuesta a la solicitud del retorno de RPMPD. Que el día 24 de enero de 2020 se radicó derecho de petición ante la AFP PROTECCION solicitando se declare nulidad y se retorne del RPMPD. Que mediante oficio de fecha 29 de enero de 2020 se radicó derecho de petición ante PORVENIR solicitando la declaración de la nulidad y se retorne del RPMPD. Que el día 24 de enero de 2020 se radicó derecho de petición ante AFP PORVENIR solicitando la declaración de la nulidad y se retorne del RPMPD. Mencionó que la AFP PORVENIR, dio respuesta a la solicitud del retorno al RPMPD. Que la AFP PORVENIR realizó la simulación pensional dentro de la probabilidad de vida, en el cual manifestaron que para cuando cumpliera los sesenta y dos (62) años, el valor de la mesada sería de $877.803. Finalmente, que la simulación pensional en el RPMPD administrado por COLPENSIONES conforme a lo contemplado en la ley 797 de 2003, seria a sus sesenta y dos (62) años y que obtendría una mesada pensional mensual equivalente a la suma de $1.381.399 (Archivo Digital, 01DemandayAnexos)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – PORVENIR** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que en el presente asunto si bien no hay pretensiones dirigidas en su contra, señaló que el traslado de régimen pensional efectuado a través de PROTECCION fue completamente valido, por cuanto esta brindó la información pertinente y necesaria, razón por la cual es improcedente negar dicha afiliación y declarar la nulidad del traslado y que en el mismo sentido los demás traslados horizontales fueron igualmente válidos. Además recordó que con la expedición del decreto 2555 de 2010, el decreto 2071 de 2015 y la ley 2748 de 2015, las AFP adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información, tanto para sus afiliados como para el público en general. Adujo que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias de traslado de régimen nace a partir del artículo 3 del decreto 2071 de 2015, asimismo señaló, que no se allegó prueba sumaria de las razones de hecho que fundamentaron la ineficacia de la afiliación, razón por la que se encontró válidamente afiliado al RAIS. Señaló, además que el traslado fue completamente valido ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del decreto Nº 663 de 1993, de ahí que no es procedente ordenar el traslado de los aportes y cotizaciones realizados por el accionante en el RAIS. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Archivo digital, 07ContestacionDemandaPorvenir).

La **AFP PROTECCIÓN** contestó la demanda indicando que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al Fondo de Pensiones Obligatorias por PROTECCION S.A, toda vez que la afiliación es un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Mencionó que a través del formulario de vinculación que se suscribió que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que tuvo la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes por virtud del que se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como del afiliado. Explicó que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que viciara el consentimiento, pues re reiteró que se hizo de forma libre y voluntaria, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituyó una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección y un acto valido y existente. Formuló como excepciones de mérito las de «inexistencia de la

obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento de lo indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones», «innominada o genérica», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa» y «traslado de aportes» (Archivo Digital, 08ContestaciónDemandaProtección).

La **AFP COLPENSIONES** contestó la demanda indicando que no se debe declarar la nulidad de la afiliación y/o ineficacia de traslado efectuada por el accionante del RPMPD al RAIS en el mes de julio de 1995 ante la AFP ING, hoy en día PROTECCION, por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento para que se trasladara al RAIS al que perteneció dicha administradora, toda vez que dentro del expediente no obró prueba alguna de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que estuvo en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo); asimismo, no se evidenció dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permitiera inferir probabilidad de certeza que hubo una inconformidad, al contrario se observó que las documentales se encontraron sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, e igualmente no cumplió con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el que modificó el literal E, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 el cual plantea que "después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez". Formuló como excepciones de mérito las de «errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil», «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción de la acción laboral», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Archivo Digital, 10ContestaciónDeColpensiones).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 3 de agosto de 2021 declaró la ineficacia del traslado del actor al RAIS el 17 de junio de 1995 con fecha de efectividad a partir del 1 de julio de 1995 por intermedio de la entonces AFP COLMENA, hoy administrada por PROTECCION S.A y en consecuencia, declaró como afiliación valida la del RPMPD, administrado por COLPENSIONES. Condenó a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del accionante tales como los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima; así como los gastos de administración, los cuales se deben asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, para ello se concedió el término de un (1) mes. Condenó a PROTECCION S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los gastos de administración con cargo de sus propios recursos y utilidades y lo descontado de la cuenta de ahorro individual por concepto de traslado, para ello se concedió el término de un (1) mes. Condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación en el RPMPD y a actualizar su historia laboral. Condenó en costas a PROTECCION S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, las afiliaciones libres y voluntarias deben tener conocimiento previo de las consecuencias que conllevan dichos traslados; que las AFPS deben ser claras al momento de dar la información sobre el cambio de régimen y que dicha información que le brinden a los afiliados o futuros afiliados deber ser clara, completa y comprensible, en el mismo sentido, que los actos jurídicos de cambios de regímenes deben estar precedidos de las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales como los riesgos y consecuencias de los traslados y además de ello que estos traslados deben hacerse de forma libre y sin presión alguna. Explicó que las AFP tienen la obligación de brindar un buen consejo sin perjudicar al afiliado al momento de escoger el régimen pensional al cual desea trasladarse y que la información que cada una de ellas brinde tiene que ser completa, comprensible, veraz y suficiente y debe además de ello brindar toda la información que resulte relevante para tomar las decisiones y que la información debió darse en los términos indicados de forma objetiva y transparente a los usuarios pues solo de esa forma se dio un juicio claro y objetivo de las mejores opciones de regímenes pensionales; mencionó que se advirtió que la omisión del deber de información no solo se produjo en lo que se afirmó sino también al momento de guardar silencio lo que produjo que la decisión de traslado se tomara sin el pleno conocimiento ni lo que ello implicó. Añadió que ante una negación indefinida como es el hecho de no haber recibido la

información indicada, se traslada a las AFP, deber que consideró en el caso concreto no se podía acreditar con las pruebas aportadas al proceso, sin que el formulario de afiliación sea suficiente para tal efecto, pues conforme a la jurisprudencia de la corte éste acredita un consentimiento, pero no informado. De tal modo que había lugar a declarar la ineficacia del traslado inicial, sin que sea necesario que le actor sea beneficiario del régimen de transición.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de **PROTECCION S.A.** apeló la decisión de manera parcial en contra de la sentencia proferida por el despacho en cuanto al numeral 3 a trasladar los descuentos realizados durante el tiempo que se tuvieron al tener al afiliado y que fueron designados a cuotas de administración y seguro provisional. En el mismo sentido solicitó a la Sala Laboral que se revoque la decisión teniendo en cuenta que la declaratoria de ineficacia lleva como consecuencia que las cosas vuelvan al estado inicial pues también debió considerar otros fenómenos como el prescriptivo en cuanto al tipo de sumas que no tuvieron una relación directa con el capital que financia la prestación económica de vejez del accionante, capital que fue trasladado hacia la AFP HORIZONTE en su momento PIORVENIR que administra actualmente sus recursos, seguido de ello dichos descuentos a los que ya mencionó en primer lugar tuvieron fundamento legal y como consecuencia de la declaratoria de ineficacia también deben ser respetados de acuerdo a la interpretación del artículo 1746 del Código Civil. Qué asimismo, el fallo presume que hay un detrimento patrimonial para COLPENSIONES únicamente por el hecho de la declaratoria de ineficacia, sin embargo eso no es una consecuencia necesaria del hecho en sí mismo y por tal razón debe probarse cuál es el capital o la rentabilidad de este que se administró por parte de COLMENA en su momento, dicha rentabilidad que tuvo el capital frente al capital que se hubiere producido en COLPENSIONES teniendo en cuenta como una base o indicio que el RAIS es un régimen que administra una cuenta donde se hace las veces de fiducia y por tal razón las inversiones pueden generar una rentabilidad muy superior a la que se generaría con los aportes realizados en el RPMPD; con base en tal argumento solicitó revocar la decisión teniendo en cuenta que inclusive, se puede dar a entender que la declaratoria de ineficacia lleva consigo una sanción o un perjuicio.

A su turno, el apoderado judicial de **PORVENIR** apeló la sentencia solicitando que revoque en su totalidad la sentencia proferida por el despacho y en segunda medida en caso de que la decisión se confirme, se revoque parcialmente respecto de lo relacionado con los gastos de administración y pago de seguros provisionales; en

primera medida respecto de la revocatoria total del fallo, relacionó la sentencia CSJ SL4806 de 2020, para indicar que en el proceso no obra prueba alguna en el expediente que acredite que en efecto se generó producto de una desinformación, una lesión injustificada en el derecho pensional del afiliado pues no es dable establecer, en concordancia con la sentencia C-86 de 2002, establecer que la diferencia del valor la mesada pensional puede considerarse como una lesión injustificada, situación que fue pretermitida por el despacho donde no se indicó o acreditó por parte del accionante cuál fue el perjuicio sufrido. Adujo con respecto a los gastos de administración y pagos de seguros provisionales, que debe establecerse que ambos tienen por mandato legal una destinación específica que reposa en la ley 100 de 1993, por lo que no realizó las deducciones por arbitrariedad sino por cumplimiento de mandato legal, adicionalmente se debía tener en cuenta que si hay un tercero de buena fe, es la aseguradora respecto del pago de seguros provisionales y la AFP que no tuvo una causal legal para rechazar al accionante respecto de la afiliación que pretendió en el año 1999. Pidió que se tuviera en cuenta que no resulta procedente que las sumas por conceptos por primas de seguros provisionales deban ser devueltas, esto porque además no se encuentran en su poder sino de la compañía aseguradora contratada y que en efecto prestó la cobertura durante todo el tiempo que el accionante estuvo afiliado con el RAIS, como dicha cobertura se prestó resulta materialmente imposible retrotraerse en el tiempo, por lo que no resulta viable que se restituyan las sumas que se dieron para que esa cobertura se presentara y más aún si se tiene en cuenta que no cumplen ningún objetivo en el RPMPD donde no existe la necesidad de contratar recursos provisionales. Asimismo, sostuvo que desconoce el por qué el juzgador se aparta del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 que al aplicarse en los escenarios que en cualquier circunstancia es necesario realizar el traslado. Finalmente, explicó que en el mismo sentido la Superintendencia Financiera de Colombia manifestó que la normatividad existente permite impedir que en caso de resultar necesario un traslado de recursos del RAIS al RPMPD no procede, que además del traslado la información correspondiente a la historia laboral del afiliado se traslade el valor de la cuenta de ahorro individual, rendimientos y lo correspondiente a la garantía de pensión mínima con sus rendimientos respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración desarrollada por la administradora que generó rendimientos que se trasladan a la administradora de destino. Respecto de los pagos por conceptos de primas de seguros provisionales estableció que en atención a que el porcentaje de la prima del seguro provisional fue sufragado y la aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza no considera viable el traslado de dichos recursos. Que es evidente que las sumas tanto de pagos de seguros provisionales como de gastos de administración no

deben ser trasladados al RPMPD pues durante el periodo de afiliación del accionante a la AFP se cumplió con la finalidad que requirió el aseguramiento por riesgo de invalidez y muerte, es decir, se invirtieron conforme a la estructura del RAIS y lo regulado por la Ley 100 de 1993.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de alzada, en cuanto a la decisión proferida por la primera instancia en lo ateniente a la ineficacia del traslado que surtió el accionante para el año de 1995 con AFP ING hoy PROTECCION y en el que se condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación y a tenerla como válida en el RPMPD, de lo que evidenció el accionante realizó su traslado de manera libre, voluntaria y sin presiones indebidas y de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 en el literal B, por otra parte en cuanto a la carga de la prueba, resultó desproporcional colocar la carga de la prueba en los fondos privados y en COLPENSIONES teniendo en cuenta que fue el más afectado en lo ateniente a la sostenibilidad del sistema pensional máxime cuando la afiliación se dio para el año de 1995 queriendo decir que transcurrieron aproximadamente mas de 2 décadas a la fecha, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual, además no era obligatorio dejar un registro documental del mismo. Respecto al deber de información, precisó que aunque el precedente de la CSJ utilizó como norma para la aplicación del deber de información el Decreto 663 de 1993, sin embargo el deber solo se materializó a través de la ley 1748 del 2014 y el decreto 2061 del 2015 por los fondos privados exclusivamente se tenía el consentimiento con el formulario de afiliación para poder probar el conocimiento libre, voluntario y sin presiones informado por cuanto las leyes que surgieron entre los años de 1993 y 2014, pues no exigieron nada diferente al documento de afiliación donde se veía la intensión de querer pertenecer al RAIS dentro de este caso, donde se suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado para el año 1995. Finalmente, analizó que si en la presunta falta de información se produjeron unos efectos ciertos y adversos como el de perder el régimen de transición pensional, en este ese caso no ocurrió pues el accionante, como quedó probado, no fue beneficiario del régimen de transición; que se trata de una situación donde el afiliado no se puede trasladar de régimen y por no hallarse de acuerdo con la mesada pensional, como lo plantea el caso, se pretende con la presente acción obtener un beneficio al buscar ignorar las normas que regularon de forma clara los términos y oportunidades en que debe surtirse la movilidad entre regímenes, siendo claro que el ultimo escenario no es objeto de protección ni de alcance de la decisión de la CSJ, toda vez que los principios fundamentales sobre los cuales se erige todo el sistema general de la seguridad social como lo es la autonomía de la voluntad del afiliado y la de libre elección del régimen

pensional. Agregó que una persona que no estuvo afiliada por más de 20 años al RPMPD pretende beneficiarse de unos aportes que jamás realizó a COLPENSIONES, poniendo en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones de las personas que siempre cotizaron al mismo. Finalmente, indicó que en caso de no acogerse a los argumentos expuestos y en consecuencia se confirme la providencia, solicitó se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante como lo fueron las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y los demás a los que hubiese lugar debidamente indexados por el tiempo en que permaneció afiliado al fondo privado el accionante. Además, solicitó no se le condene en costas toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz y fue un tercero el que le causó daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a COLPENSIONES.

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 PORVENIR Y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. A su turno, la parte actora allegó alegaciones de conclusión en similares términos a los expresados en el libelo demandatorio, solicitando que se confirme la sentencia.

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].

En la página 31 del archivo *«01DemandayAnexos»,* obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 28 de junio de 1960, por lo que cumplirá 62 años el mismo día y mes del 2022, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 27 de enero de 2020 (págs. 67 a 75), es decir, cuando evidentemente ya le faltaban menos de diez años de edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 133,28 semanas cotizadas al ISS (Exp. Adtivo), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

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

No obstante, 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 17 de junio de 1995, según información registrada en el formulario de afiliación a PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA, hoy PROTECCIÓN (Expediente digital: *«01DemandayAnexos.pdf»*Pág. 76).

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 el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (17 de junio de 1995), 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 PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN, antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las

consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020). Sin que haya lugar a adicionarse en este sentido la sentencia, pues la orden de devolver a COLPENSIONES es clara.

Desde luego que, 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, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «*en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima*».

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.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia 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 al demandante cuando se trasladó de régimen. De igual modo, se precisa, el hecho de que el actor hubiese efectuado un traslado 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 del traslado 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, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

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,

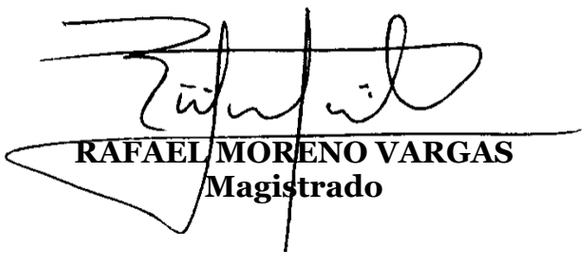
RESUELVE

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

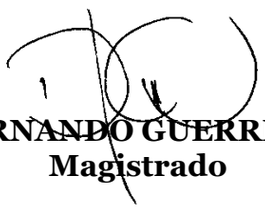
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

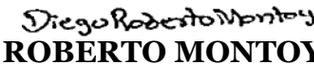
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por NORBERTO CASTILLO PRIETO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-022-2019-00759-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de junio de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **NORBERTO CASTILLO PRIETO** promovió demanda ordinaria laboral, en la que pretende se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, a través de la vinculación efectuada a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 2 de marzo de 2004, por haberse efectuado bajo engaño, a través de una deficiente, desacertada, irresponsable, desatinada y equivocada asesoría en el traslado de regímenes pensionales, por el incumplimiento en el deber legal de información al afiliado de una forma clara y verídica. En consecuencia, se declare que se encontraba válidamente afiliado al RPMPD administrado por COLPENSIONES. Que se ordene a la AFP COLFONDOS S.A. devolver todos los

aportes y/o valores que hubiere recibido en la cuenta a nombre de NORBERTO CASTILLO PRIETO para la Seguridad Social en Pensiones, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, entre otros, a COLPENSIONES con sus respectivos rendimientos. Que se ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación al demandante y como consecuencia aceptar el traslado de la totalidad de los valores recibidos por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR y a COLFONDOS con motivo del traslado del accionante. Que por la responsabilidad en los perjuicios que se le hubieren causado.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 28 de junio de 1958, expuso que empezó su vida laboral y a cotizar al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, el día 14 de abril de 1978. Que, para el 1 de abril de 1994, fecha en que entró en vigor el Sistema General de Pensiones (Ley 100 de 1993), contaba con 35 años de edad y más de 10 años cotizados al Sistema General de Pensiones. Que en el mes de marzo del año 2004 la AFP BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., a través de engaño, lo persuadió para que firmara el formulario de solicitud de vinculación a su administradora que pertenecía al RAIS. Que para el mes de marzo del año 2004, el accionante se encontraba vinculado a la Rama Judicial como Juez Promiscuo Municipal de Urumita, en el departamento de la Guajira y que contaba con más de 500 semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en Pensión, es decir, al RPMPD. Que la entonces AFP BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR de manera irresponsable lo afilió a dicho régimen sin informar de manera clara, oportuna, completa y suficiente sobre las implicaciones de trasladarse de régimen pensional y que conocía de sus antecedentes laborales, salariales y edad, previo a la afiliación a dicha administradora; además de ello no lo asesoro, ni le informó previo a su afiliación sobre las ventajas y desventajas de trasladarse del RPMPD al RAIS. Que la AFP BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR S.A, no lo ilustró al momento de la afiliación sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno y otro régimen pensional, tampoco le informó sobre la posibilidad que tenia de devolverse al RPMPD o de retractarse de su afiliación. Que la persona que estuvo en marzo del año 1994 en las instalaciones del Juzgado Promiscuo Municipal de Urumita persuadiendo el traslado al RAIS, no es la misma que aparece suscribiendo como asesor comercial en el formulario de traslado Nº 6168581 de la entonces AFP BBVA HORIZONTE. Que el accionante no conoció y nunca interactuó con las señoras Gloria Osorio y Soraya Obando, quienes se encontraban suscribiendo el formulario de traslado, en supuesta calidad de asesoras comerciales. Que la persona que en nombre de la AFP HORIZONTE se acercó al municipio de Urumita a “vender” afiliaciones, no es la misma que suscribió el formulario de traslado. Que fue visitado

en el Despacho del Juzgado Promiscuo Municipal de Urumita, por un caballero quien se presentó como supuesto asesor de la AFP HORIZONTE, pero en ningún momento se le exigió visitar las oficinas de la AFP HORIZONTE ubicadas en la ciudad de Riohacha, como se diligenció en el formulario de traslado Nº 6168581. Que el día 27 de febrero de 2015, se cambió de fondo afiliándose a la AFP COLFONDOS S.A., y que por su propia cuenta y después de varios años, se percató que la entonces AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., no le brindó una verdadera asesoría, ni le suministró información real, clara, idónea y completa para haber tomado la mejor decisión para su futura pensión de vejez, sintiéndose engañado por la AFP. Que ante la situación presentada radicó peticiones el 30 de mayo de 2019, ante la AFP COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. las cuales fueron negadas. Que, hasta la fecha de presentación de la demanda, acreditó más de 1000 semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Que en los últimos años realizó aportes para su pensión de vejez de manera constante y ascendente. Que cuando fue persuadido por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. se desempeñaba como funcionario judicial en el cargo de Juez Promiscuo Municipal de Urumita, y en la actualidad sigue ocupando el cargo como funcionario de la Rama Judicial, es decir, más de 15 años de servicios (Expediente Digital 2019-759).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que no se acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento o error, contrario sensu, aquel suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria sin dejar nota de protesto alguna. Aseveró que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010 para trasladarse de régimen en cualquier momento, aunado a que la afiliación al RAIS cumplió con los requisitos legales. Arguyó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y que solicitó regresar el RPMPD cuando ya estaba inmerso en la prohibición de traslado de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que no es procedente ordenar su traslado. Añadió que COLPENSIONES ha cumplido con la normatividad vigente y que no participó en el traslado de régimen del demandante, de allí que solicitó no ser condenada en costas. Formuló como excepciones de mérito las de «Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil», «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «prescripción», «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. 110 a 128).

A su turno, la **AFP PORVENIR S.A.** se opuso a la declaratoria de la ineficacia del traslado, toda vez que en la medida en que la vinculación del demandante con HORIZONTE S.A en el año 2004 fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se apreció en la solicitud de vinculación Nº 2003-1920747, documento público, que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del articulo 54 A del CPT, en el cual expresó "*hago constar que la selección del RAIS la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones. He sido asesorado sobre las implicaciones del régimen, especialmente sobre el régimen de transición en caso de permanecer al mismo. Manifiesto que he elegido a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías para que administre mis aportes pensionales. Conozco que dispongo de cinco días hábiles a partir del diligenciamiento de este formulario para retractarme de la afiliación. Declaro que los datos proporcionados en este formulario son verdaderos.*" En ese sentido, argumentó que no fue procedente decretar la ineficacia requerida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, puesto que opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema, es decir, contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegaron ni se acreditaron por parte del accionante. Sin perjuicio de lo anterior, tampoco fue procedente decretar la nulidad por cuanto no existieron vicios del consentimiento, tampoco se evidenció causa y objeto ilícitos, de conformidad con los artículos 1504 del Código Civil, en tanto que la decisión del accionante fue libre, voluntaria y espontánea. Posteriormente, indicó que en el año 2015 la parte demandante ratificó su voluntad de permanencia en el RAIS al trasladarse voluntariamente a la AFP COLFONDOS S.A, tal como se observó en el certificado de egreso; además que la permanencia del accionante en el RAIS durante 16 años fue producto de su voluntad, de su aceptación a las condiciones del mismo y a su expectativa legitima de pensionarse bajo sus disposiciones, teniendo en cuenta que jamás expresó inconformidad alguna por ausencia de información o silicito su retorno al RPMPD teniendo amplios términos para hacerlo. Adjuntó que de proceder la nulidad y/o ineficacia que se reiteró no existe razón jurídica o fáctica para que se declaren en el artículo 113 literal B de la ley 100 de 1993, indicó que cuando los afiliados se trasladen del RAIS al RPMPD se transferirá "*a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en los términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización.*" Por otro lado, tampoco procedió la condena en devolución de los gastos de

administración, pues de acuerdo con el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, también en el RPMPD se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez por ello estuvieron sujetos a la prescripción. De igual manera, mereció atención el hecho de que al ordenar el traslado de estos gastos a COLPENSIONES, se configuró un enriquecimiento ilícito a favor del accionante, en la medida en que no existió norma que dispusiera tal devolución, pues en forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes mencionó cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, lo que evidenció que no estuvieron destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a el, sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta individual y que condenar a la devolución de estas sumas es tanto como ordenar a una compañía que reintegre el valor de la póliza. En consecuencia, no procedió la pretensión ya que al ordenarla, debieron condenarse igualmente a restituir los frutos financieros que se le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual; ya que así lo tiene decantado la Sala Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, tratándose de las restituciones mutuas, en cuanto a que la parte que recibió frutos de la relación contractual declarada nula está en la obligación de restituirlo, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin causa. . Propuso como excepciones de mérito las de: «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «excepción genérica» (Expediente Digital CONT 2019 00759 NORBERTO CASTILLO PRIETO VS PORVENIR)

La **AFP COLFONDOS** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, solicitando se ordene devolver todos los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual del accionante, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales y costos cobrados por administración; señaló que si se le brindó una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS, y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que produjeron los aportes en dicho régimen. Por lo anterior, la pretensión carece de fundamento jurídico y asidero factico, pues en primer lugar no se aportaron elementos probatorios que permitieran demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento y en segundo lugar, la parte accionante suscribió el formulario de vinculación al RAIS de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige

el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. No puede pretender dejar sin efecto un acto valido que nació a la vida jurídica y que ratificó los actos propios del accionante, trasladándose de régimen pensional y entre administradoras de pensiones con vinculación formal al RAIS hace más de 20 años a COLFONDOS S.A. pues dentro del plazo que las disposiciones legales le concedieron para manifestar sus inconformidades, o volver al RPMPD, no lo hizo. Formuló como excepciones de fondo las de, «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «buena fe», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad», «ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado» y «compensación y pago» (Expediente Digital CONTESTACION DEMANDA Y ANEXOS DTE NORBERTO CASTILLO PR).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 23 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 2 de marzo de 2004, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen. Ordenó a COLFONDOS S.A., fondo al que estaba afiliado a 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 a la historia pensional del actor. Ordenó a PORVENIR S.A y COLFONDOS remitir a COLPENSIONES los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación al fondo. Condenó en costas a PORVENIR S.A y a COLFONDOS.

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 accionada no logró demostrar que le había suministrado a la demandante la información completa, veraz y oportuna, sino que, se atuvo al formulario de afiliación, documento, que no era prueba suficiente para dar por verificado el deber de información.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **PORVENIR S.A**. apeló la decisión de forma parcial, argumentando que no comparte la decisión de ordenar a trasladar los gastos de administración, dado que contrario a lo que se dijo sobre la jurisprudencia de la CSJ no es cierto que el efecto de la ineficacia en sentido estricto fuera el de retrotraer las cosas a su estado original, los efectos del articulo 1746 en relación a ineficacias en sentido estricto sean cuando las normas propiamente no establece cuales son las consecuencias jurídicas que traería. Que el artículo 271 de la ley 100 de 1993, es claro al establecer cuál es la consecuencia jurídica, esto es, dejar sin efecto la afiliación y permitir al afiliado realizar de manera libre y voluntaria nuevamente la afiliación o a la entidad de la seguridad social de su preferencia, por lo tanto, no es cierto que las cosas se retrotraigan a su estado original. En ese orden de ideas, el traslado de los dineros se debe dar acorde al artículo 113 de la ley 100 de 1993 y no frente al artículo 1746 del Código Civil, donde dice claramente que la nulidad pronunciada en sentencia da a las partes el derecho a restituir las cosas a su estado original, donde no existían los ejercicios financieros, entonces porque COLFONDOS, debe trasladar los ejercicios financieros y se supone que nunca estuvo en el RAIS, entonces se propende con la sentencia un enriquecimiento sin causa, ya que esos dineros que van a entrar al patrimonio del accionante a través de semanas cotizadas no tuvieron una causación porque está el RAIS acaba de ser declarado aparentemente inexistente porque se dijo que nunca estuvo en él, entonces porque se deben trasladar los ejercicios financieros. Resaltó que el artículo 964 del Código Civil, enseña que los frutos financieros no son susceptibles de restituciones o los poseedores de buena fe y en ese orden de ideas explicó que en ningún momento se probó la mala fe de PORVENIR y dijo que si era que se estaba presumiendo la mala fe al restituir todos los dineros incluyendo los ejercicios financieros pues lo que se probó a partir de negaciones indefinidas donde se preguntó que si las AFP estuvieron en mejor situación de probar las situaciones, en ese sentido también indicó que las obligaciones de tracto sucesivo tampoco son susceptibles de restituciones y las aseguradoras o los dineros y a los fondos de previsión son obligaciones de tracto sucesivo y no son susceptibles de restitución, pues pueden afectar a terceros pese a que se diga que esos dineros serán restituidos en razón del patrimonio personal de cada AFP, pues a título de indemnización o de sanciones que

tampoco lo dejó claro, recordando que las obligaciones tienen un título y un modo propiamente y en ese sentido también se incumple con los principios fundamentales del derecho. Adujo que los gastos de administración son derechos crediticios que se desprenden de las declaraciones, son emolumentos que no son destinados a la pensión o al reconocimiento de ella, por lo tanto, no hacen parte del derecho de pensión, de modo que prescriben y dichos dineros se encuentran prescritos.

A su turno, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, precisó que se debe salvaguardar el principio de solidaridad que rige al régimen pensional al régimen general de pensiones y en tal sentido anotó que el accionante no cumple con el requisito de solidaridad en el RPMPD, todas sus cotizaciones no cumplieron la fidelidad necesaria para prever la pensión de vejez a la cual tenía derecho en el RPMPD. Finalmente solicitó tener en cuenta el argumento para entender que la intensión de COLPENSIONES no es recibir y exigir derechos sino salvaguardar financieramente el sistema público de pensiones; por otro lado, respecto a la aplicación jurisprudencial que hizo el despacho A Quo de primera instancia, considera que no se encuentra acorde a lo mencionado en el mismo lineamiento jurisprudencial, toda vez que el mismo señala la falta al deber de información como el requisito esencial para la declaratoria de ineficacia del traslado, sin embargo, eso no sucedió ya que la verdadera motivación del accionante es retornar al RPMPD para incrementar el valor de la mesada pensional, no refutando una falta al deber de información ya que para la época del traslado era imposible saber cuál iba a ser su mesada pensional. Solicitó entonces verificar o analizar sobre su posición en el proceso ya que fue totalmente nula y la normatividad que tuvo para poderse defender fue totalmente desconocida refiriéndose al artículo 3 de la ley 100 de 1993, es decir, se encontró con un derecho de defensa limitado lo cual hizo que la sentencia de nulidad y traslado fuera totalmente injusta para COLPENSIONES ya que como se notó fue contradictoria la mayoría de los hechos y no le constaron, respondiendo por actos jurídicos celebrados por terceros, situación que no fue estudiada por los despachos de primera instancia, los de segunda instancia, ni en los recursos extraordinarios de casación.

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 accionadas COLPENSIONES y PORVENIR presentaron alegatos en similares términos a los expuestos en la alzada. La parte actora presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la decisión de primer grado.

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

A folios 18 y 23 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 28 de junio de 1958, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del 2020, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 30 de mayo de 2019 (fl. 22), es decir con posterioridad a la edad exigida para adquirir el derecho pensional; otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía el equivalente 182 semanas por los tiempos laborados en el sector público (fls. 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-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 02 de marzo de 2004 (Fl. 62 CONT 2019 00759 NORBERTO CASTILLO PRIETO VS PORVENIR.pdf), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la

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".

pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. (fol. 21), éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR, antes HORIZONTE, omitió en el momento del traslado de régimen (02 de marzo de 2004, fl. 62 CONT 2019 00759 NORBERTO CASTILLO PRIETO VS PORVENIR), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a las recurrentes por pasiva, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

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, tampoco incide 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 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,

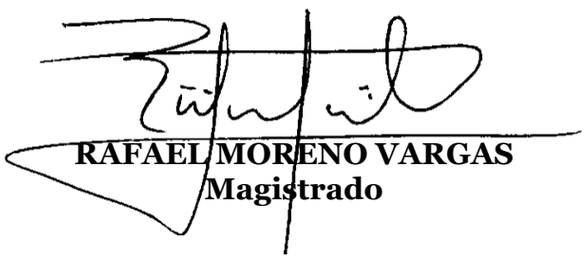
RESUELVE

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

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

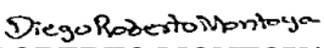
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CLAUDIA LILIANA ZAMBRANO NARANJO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-008-2019-00858-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas Colpensiones y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 11 de agosto de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **CLAUDIA LILIANA ZAMBRANO NARANJO**, promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, sin solución de continuidad. Se declare que continúa afiliada al RPMPD, es decir, a COLPENSIONES, como consecuencia de lo anterior, se le ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA – PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo la afiliación, tales como bonos pensionales, aportes obligatorios, sumas adicionales, con sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos financieros que se hubieren causado. Se ordene a COLPENSIONES recibir todos los dineros que le sean trasladados de PORVENIR S.A., así como a reactivar la afiliación en el RPMPD y a tener en cuenta

todo el tiempo cotizado por la demandante en el RAIS y convalidarlo como semanas cotizadas en el RPMPD y se condene a las demandadas al pago de costas y gastos del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que, nació el 02 de enero de 1965, mencionó que el día 28 de octubre del año 1988, se afilió al Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, cotizando 128 semanas a dicho Régimen. Anotó que, en el mes de septiembre del año 1995, se afilió ante PORVENIR S.A, trasladándose de esta manera al RAIS, en la cual es cotizante activa. Informó que, se cambió de régimen de pensiones, porque el asesor de PORVENIR S.A. que la afilió, le dijo que allá había mayor estabilidad, pues el Seguro Social se iba a acabar, por lo que corría peligro su pensión y allí ganaría más pensión. Manifestó que, PORVENIR S.A., en el momento de traslado no le brindó la información necesaria, pues presumió que ellos eran los expertos financieros en pensiones, que lo que le decían era verdad, que se podía pensionar a cualquier edad, que iba a tener una mejor mesada y mejores beneficios en este Régimen y, por ello, se cambió de régimen pensional. Aseguró que, por lo anterior, PORVENIR S.A. al momento de la afiliación, omitió su deber de información y de buen consejo, respecto de las consecuencias que se producían con el traslado del Régimen de Prima Media al RAIS. Añadió que, por iniciativa propia, el día 12 de septiembre de 2019, le solicitó a PORVENIR S.A. que le hiciera la proyección de ¿cuál sería su pensión en ambos regímenes pensionales? sin importar si tenía derecho o no a traslado, y dicha entidad le dio respuesta sin hacer la proyección de la mesada pensional en el RPMPD, omitiendo así su deber legal de información. Detalló que, PORVENIR S.A., solo hasta ahora en el mes de septiembre de 2019, le informó que el valor de su pensión dependía de los movimientos del mercado financiero, y otros factores. Reiteró que, a la fecha del traslado a PORVENIR, este Fondo no le informó idónea y responsablemente, los efectos positivos y negativos de afiliarse al RAIS. Adujo que, el 17 de septiembre de 2019, la demandante le solicitó a COLPENSIONES el traslado del RAIS para afiliarse al RPMPD y COLPENSIONES le respondió aduciendo que, no era procedente porque ella se encontraba a menos de diez años del tiempo para pensionarse, quedando agotada así la reclamación por vía administrativa (Expediente digital: 01. Expediente 08-2019-858. Págs. 4 a 10).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS a la AFP PORVENIR S.A. Indicó que el traslado

realizado por la parte actora a la AFP se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 sino también plenamente válido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, razón por cual considera que es necesario probar la afirmación de vicio del consentimiento, falta de información necesaria y/o ineficacia acaecida en el trámite de traslado alegado por el interesado. Presentó como excepciones las de «prescripción y caducidad», «declaratoria de otras excepciones» e «inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y titulo para pedir» (Expediente digital: 01. Expediente 08-2019-858. Págs. 103 a 109).

Asu turno, la **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que la demandante no aportó elemento de prueba que permitiera concluir que su voluntad de seleccionar régimen pensional se vio coartada en algún momento, tal como lo contemplan el literal B del artículo 13 y el 271 de la Ley 100 de 1993. Anotó que, igualmente se cumplió con el deber de información que le era oponible al momento en que se dio el traslado de régimen pensional a través de una asesoría veraz, clara y oportuna. Agregó que, la entidad le informó a la demandante, entre otras cosas, sobre el régimen de transición pensional, manifestándole que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual, que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales, que tendría también derecho a bono pensional y que su vinculación al Régimen de Ahorro Individual era completamente voluntaria. De igual manera, manifestó que le comunicó los beneficios más importantes del Régimen de Ahorro Individual, además de las características y formas de acceso a las prestaciones sociales en el Régimen de Prima Media. Propuso como excepciones las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «prescripción», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe». (Expediente digital: 01. Expediente 08-2019-858. Págs. 157 a 184).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 11 de agosto de 2021, declaró la ineficacia del traslado del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A., el 05 de septiembre de 1995, declaró válidamente vinculada a la demandante RPMPD como si nunca se hubiera trasladado, condenó a la demandada AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de

la accionante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales y rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en principio, aseguró que se demostró que fue debidamente agotada la reclamación administrativa, advirtió que la señora CLAUDIA LILIANA ZAMBRANO NARANJO, estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales - ISS, desde el 28 de octubre de 1988 hasta el 30 de enero de 1992 realizando un aporte total en el régimen que administraba en ese momento el ISS de 92,88 semanas de cotización. Igualmente evidenció del formulario de afiliación que obra en el expediente, que la demandante el 05 de septiembre de 1995, se vinculó al RAIS a través de la sociedad COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A. En este orden de ideas, encontró debidamente probado que hubo un cambio de régimen pensional, siendo la responsable de ese cambio la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR, por lo que es a esta entidad a la que le corresponde probar que al momento de ese cambio impartió o asesoró a la demandante de manera adecuada. De igual manera la demandante al momento del interrogatorio, afirmó que, en la realización de la afiliación, ella la efectuó de manera voluntaria pero no se realizó la informada asesoría, omitiendo indicarle lo relacionado con el capital que debía reunir para acceder a la pensión mínima en el Régimen de Ahorro individual, explicó que no se hizo mención sobre el derecho de retracto. Concluyó que, al ser el formulario, el único documento del cual se pretende derivar el cumplimiento de requisitos al no existir otro medio probatorio, no se puede dar por sentado del mismo que la afiliada al momento de ser vinculada a la sociedad COLPATRIA, se le hubiere informado acerca de las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas, así como los riesgos o consecuencias del traslado, por lo que declaró la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. apeló la decisión solicitando sea revocada en su integridad, argumentando que, al momento el traslado, la entidad cumplió con el deber de información que estaba establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, ya que los requisitos de información que aduce el despacho, debían darse en el momento de la afiliación de la demandante, pues estos corresponden a disposiciones del Decreto 2241 del 2010, que para el momento en que la afiliada realizó su traslado no se encontraban vigentes. Advirtió que, en el interrogatorio de parte brindado por la demandante, esta indica que se sintió engañada por PORVENIR S.A., pues le indicó que su pensión podía ser mejor que en la del ISS, no obstante, recordó

que no se puede tomar como una afirmación de engaño la información dada por esta entidad, pues además que la demandante en su interrogatorio confesó, en relación a los rendimientos, era consciente de que eso no tendría por qué afectar su prestación, lo cual consideró que confirmó que para la fecha del traslado, para la AFP PORVENIR no existía una obligación de emitir proyección pensional. Agregó que, la afiliada debería someterse a las condiciones por el sistema por el que optó, donde podría haberse beneficiado o perjudicado en función de los factores como la fluctuación del mercado de trabajo, la evolución de sus salarios y otras variables que pudieron haberle acarreado mayores o menores réditos respecto a las prestaciones que hubiere podido conseguir en otro régimen. Además destacó que, la demandante cinco años antes de la presentación de la demandada, realizó la presentación de un derecho de petición, donde pudo constatar la diferencia de la proyección, de lo que sugiere que esta se había acercado con anterioridad a PORVENIR S.A. a realizar una actualización de sus datos y aunque se le indicaron particularidades de su afiliación, con la que indicó sentirse consternada por las condiciones de su afiliación, finalmente no realizó ningún trámite tendiente a regresar a COLPENSIONES pues se encontraba fuera del país.

A su turno, el apoderado judicial de COLPENSIONES apeló la decisión, argumentando que, públicamente existe como prueba el formulario de afiliación, sin embargo, recalcó que no existen otros medios probatorios de los cuales se pueda acreditar que se le dio efectivamente una información completa a la demandante con la debida explicación de las consecuencias del traslado de régimen pensional, características de cada uno de los regímenes pensionales, ventajas y desventajas de permanecer en cada uno de ellos, manifestó que, para el año 1995, cuando la demandante se trasladó de régimen pensional, la única exigencia vigente para dar trámite a una solicitud de trámite de traslado de régimen pensional era la suscripción del respectivo formulario de afiliación, resaltó que, no existía ninguna obligación de documentar la asesoría de traslado, de lo cual se puede concluir que, aparte del formulario de suscripción, no hay otro documento que pueda dar cuenta o sustentar cuál fue la información o asesoría que le brindó el promotor del fondo de pensiones. En ese sentido, aclaró que, dado que esa era la única exigencia para la época, satisfecha la misma, como está acreditado con la firma del respectivo formulario de afiliación por la demandante, consideró que debe tenerse como válido y con plenos efectos el traslado de régimen pensional, pues añadió que, no puede ser posible la imposición de requisitos o condicionamientos adicionales a los que estaban vigentes a la época en que la demandante se traslada de régimen 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, la parte actora no presentó alegatos de conclusión. A su vez, las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo 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].

En la página 34 del archivo digital «*01. Expediente 08-2019-858*», obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 02 de enero de 1965, por lo que cumpliría 57 años el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 17 de septiembre de 2018 (Exp. Digital 01. Expediente 08-2019-858. Págs. 56 y 59, 115 y 149), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 92.86 semanas cotizadas al ISS, (Exp. Digital. 01. Expediente 08-2019-858. Pág. 151) 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, 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 septiembre de 1995 (Exp. Digital. 01. Expediente 08-2019-858. Pág. 197), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLPATRIA CESANTIAS Y PENSIONES 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 de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional,

[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".

entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (05 de septiembre de 1995), plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA CESANTIAS Y PENSIONES hoy PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, así como el hecho de denotarse algunas contradicciones en su dicho versus lo afirmado en la demanda, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a 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 COLPATRIA CESANTIAS Y PENSIONES hoy PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen 05 de septiembre de 1995 (Exp. Digital. 01. Expediente 08-2019-858 Pág. 197), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, 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 los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia

de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, tampoco incide 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.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene importancia 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 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 CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, queda resuelta tanto las apelaciones 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,

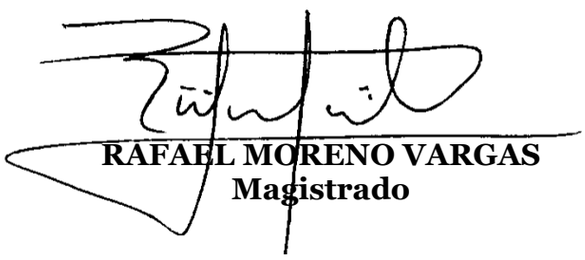
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia 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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por HERMES ORLANDO LOZANO contra la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB S.A E.S.P. Rad. 110013105-034 2016 00414 02.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta que por ministerio de la ley se surte a favor de la parte demandante, 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 respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de julio de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **HERMES ORLANDO LOZANO** instauró demanda ordinaria laboral contra la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP., con la finalidad de que se declare que existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 28 de julio de 1989 con la ETB S.A E.S.P., quien está obligada a nivelarle el sueldo básico y las demás remuneraciones adicionales con el devengado por el trabajador Rubiel Alfonso Carrillo Osma que desempeña el cargo de analista; además que, es beneficiario de la convención colectiva de trabajo y se le deben aplicar los acuerdos convencionales y recopilación vigente. De igual manera, solicita se declare que no existe ninguna diferencia en cargos, funciones, horarios, capacitación, responsabilidad, antigüedad y conocimiento que conlleve al reconocimiento y pago de mayores salarios y prestaciones al trabajador antes citado con el suyo, pues ambos son analistas 1 cargo 140150, que lo hace

beneficiario de tener la misma nivelación salarial que el trabajador en mención, pues existe una diferencia del 88% sin que ello tenga alguna justificación. Como consecuencia de lo anterior se condene a la entidad demandada a realizarle la correspondiente nivelación salarial y por ende, se le cancelen las diferencias salariales que resulten a su favor con el cargo que ocupa el trabajador Rubiel Alfonso Carrillo Osma, se reliquide su sueldo, y con ello, se reajusten todas las prestaciones sociales convencionales y legales a que haya lugar; finalmente, solicita que se indexen las sumas adeudadas y se reajusten los aportes al sistema de seguridad social integral.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que ingresó a ETB a través de contrato a término indefinido en el cargo de obrero a partir del día 28 de julio de 1989. Anotó que, a partir del 01 de abril de 1994, fue nombrado como Auxiliar VIII, hasta el 22 de septiembre de 1996, asimismo, informó que a partir del 23 de septiembre y hasta el mes de mayo de 2015, ocupó el cargo de Audio Probador, manifestó que en la actualidad ocupa el cargo de Analista I, en la Dirección de Aprovisionamiento Masivo de la Gerencia Servicios Masivos de la Vicepresidencia de Infraestructura. Añadió que en el mes de abril de 2015, le comunicaron que fue nombrado en el cargo de Analista 1, hecho que desmejoró sus ingresos y sus condiciones laborales, además se hizo sin tener en cuenta su nivel laboral y menos su nivel convencional y sindical, mencionó que este nombramiento se le comunicó a 4 compañeros más, creando una diferencia salarial y una discriminación total, pues si bien todos venían en el mismo cargo y funciones, el cargo de Analista I, crea unos porcentajes de aumento totalmente diferentes a los que se les otorgó a otro compañero con iguales características, haciendo referencia a Rubiel Alfonso Carrillo Osma, pues a él le aumentaron el 14% y al compañero el 102%. Agregó que durante su relación laboral en ETB ha realizado estudios, cursos, talleres, etc., que le permiten ocupar los mismos cargos y funciones que hasta la fecha tienen los cinco que fueron nombrados en el cargo de analista. Agregó que, con sus compañeros, Henry Valderrama Espejo, José Alberto Vásquez Prieto, Freddy Mauricio Cañón Calderón y Rubiel Alberto Carillo Osma, siempre han ejercido los mismos cargos, funciones, niveles, capacitación, horario, y compartido los mismos conocimientos en materia de funciones técnicas como audio-probadores. De igual forma, detalló que pertenecen a la misma organización sindical llamada SINTRATELEFONOS, son afiliados y beneficiados de la Convención Colectiva de trabajo, adujo que dicha convención establece la curva salarial de los trabajadores de ETB, aclaró que los compañeros que están desempeñando el cargo de audio-probadores del régimen especial, tienen más de

20 años de servicio y son beneficiarios de la pensión convencional. Recalcó que la ETB, a través de comunicación del mes de abril de 2015, informó que mediante Acta del Comité de Gestión Humana No.004 del 15 de abril de 2015, decidió promoverlo al cargo de Analista I, Dirección de Aprovisionamiento Masivo de la Gerencia Servicios Masivos de la Vicepresidencia de Infraestructura. Advirtió que la promoción del cargo que se le asignó, no está acorde con lo que venía recibiendo y ejecutando, se estableció una desigualdad en cuanto al salario, pues teniendo casi el mismo tiempo de servicio, conocimiento, experiencia, las mismas funciones, el mismo horario, se le aumento el 14% y al compañero del cual se solicita la nivelación salarial (Rubiel Alfonso Carrillo Osma) el 102%, de acuerdo con comunicación emitida por la misma ETB donde manifiesta que *"... tomó la decisión: de reconvertir el cargo de AUDIOPROBADOR en ANALISTA"*. Anotó que esa diferencia salarial con su compañero de trabajo Rubiel Alfonso Carrillo Osma no existe, pues ambos son Analista I, vienen desempeñando el mismo cargo y funciones desde hace muchos años, el cargo actual se señala como 140150, razón por la cual no existe motivo para que se dé la diferencia salarial, creando una desigualdad entre ellos, los cuales tienen o gozan de las mismas condiciones. En consecuencia, consideró que de acuerdo con la decisión de la administración de ETB, se creó una desigualdad salarial sin justificación alguna, razón por la cual solicita se corrija la misma y se dé cumplimiento al principio de a trabajo igual - salario igual, además adujo que en ETB la forma de proveer cargos o ascensos no está supeditada a la capacidad, experiencia, años de labores, responsabilidad, horario, etc., sino al Comité de Gestión Humana que es decisión personal de los superiores, mas no en amparo a la constitución, la ley y convención. Señaló que el señor Rubiel Alberto Carrillo Osma, desempeñó el cargo de audio probador hasta el año 2015, hoy desempeña el cargo de Analista I, en la Vicepresidencia de Infraestructura, cargo 140150, ese mismo cargo de Analista I, es desempeñado por él, lo que quiere decir una misma carga de trabajo, horario, responsabilidades, experiencia, capacitación. etc., que el cargo exige, pero con mayor asignación que el demandante ($2.587.923.00 para el año 2015), indicó que la labor que desempeña hoy el señor Rubiel Alfonso Carrillo es el de Analista I en la central Graham Bell, con funciones de auxiliar almacén materiales, con responsabilidades inferiores a las del demandante. Manifestó que el 10 de junio de 2016, se presentó ante ETB derecho de petición solicitando la nivelación salarial, de la misma manera, manifestó que, a la fecha de presentación de esta demanda, ETB SA ESP, no contestó el derecho de petición presentado en la fecha antes señalada. (Exp. Digital. 01. 11001310503420160041400 (fls.1-178) pág. 122 a 135).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Mediante auto del 18 de septiembre de 2019, se tuvo por no contestada la demanda por haber sido presentada de forma extemporánea (Exp. Digital. 01. 11001310503420160041400 (fls.1-178) pág. 232).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 15 de julio de 2021, declaró que entre HERMES ORLANDO LOZANO y la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONESDE BOGOTÁ S.A. existe un contrato de trabajo a término indefinido y vigente desde el 26 de julio de 1989, y que a la fecha está vigente. Absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante HERMES ORLANDO LOZANO.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que, de conformidad con lo allegado en el acervo probatorio, que no fue desconocido por la pasiva, advirtió que existe vigente un contrato de trabajo a término indefinido, suscrito a partir del 28 de julio de 1989 para desempeñarse como obrero y actualmente su cargo esta denominado como analista 1, devengando un salario mensual para la fecha de presentación de la demanda equivalente a $2.812.771. Informó que respecto de la variación salarial y la teoría de comparación en el caso concreto, en lo relativo a las condiciones laborales y salariales de RUBIEL ALFONSO CARRILLO OSMA, solamente se pudo establecer que está vinculado laboralmente al servicio de la demandada, en calidad de Analista Grado 1, con cargo 140-150, equivalente al desarrollado por el demandante, sin embargo, advirtió que no es posible hacer un análisis de la entidad de las funciones asignadas al señor CARRILLO OSMA porque como evidencian las pruebas allegadas, desde el año 2007 perteneció a la junta directiva del sindicato desempeñando diferentes roles y por lo tanto gozaba de servicio sindical permanente, de manera que para el despacho no era claro que haya ejercido las labores de Analista 1, sino las propias de la organización sindical, por lo que no era posible inferir la equivalencia entre las cargas laborales asignadas y la unicidad de funciones asignadas para el cargo del demandante. Asimismo, añadió que se respetaron el mínimo de derechos que otorga la ley, regulados en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, dicho lo anterior y dado que no fue acreditado el desconocimiento o desacato a condiciones favorables que otorga la Convención Colectiva del Trabajo a los trabajadores que se encuentran sindicalizados, para el Despacho tampoco fue posible inferir el desconocimiento de

los mismos en contravía de los derechos laborales de los trabajadores afiliados a la organización sindical. En igual sentido, respecto al argumento de que el trato salarial diferenciado no tiene una justificación valida, teniendo en cuenta que el trabajador pertenece a un determinado régimen convencional, hizo referencia a los señalado por la Corte Suprema de Justicia teniendo que cuenta que en este asunto no tiene aplicación el Acuerdo 143 del CST porque el trato desigual se justifica en las condiciones laborales de cada trabajador y es necesario que la parte demandante acredite la forma en que pretendía la aplicación del principio constitucional de trabajo igual, salario igual. En ese sentido y en el entendido que no se encontró acreditada la vulneración del principio constitucional de igualdad, absolvió a la pasiva de las pretensiones de la demanda.

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 parte actora solicitando se revoque la decisión y la accionada en procura de que se confirme.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Precisado el anterior escenario jurídico y probatorio, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, corresponde a esta Corporación, determinar si el actor tiene derecho a una nivelación salarial en virtud de la aplicación del principio de trabajo de igual valor, salario igual.

CONSIDERACIONES

El artículo 143 del C.S.T. establece el principio legal de «*A trabajo de igual valor, salario igual*», contempla que, al trabajo desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales, debe corresponder salario igual.

La Sala Laboral de la CSJ, ha determinado que la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, exige tratamiento igualitario en materias salariales y prestacionales para los trabajadores que se encuentren en igualdad de condiciones laborales, por lo que no son admisibles tratos diferenciados cuando se sustenten en motivos irrelevantes o subjetivos. Caso contrario ocurre cuando las diferencias se

presentan por motivos razonables, legítimos o relevantes, es decir criterios objetivos que pueden ser fundados en la capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, etc., pues en este evento está justificada la diferencia salarial y no hay lugar a su nivelación[1].

Resulta válido precisar que es reciente la modificación legislativa del precepto acabado de citar, en efecto el artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo en su redacción inicial había dado lugar para que la jurisprudencia de la Corte Constitucional indicara, con apoyo en el principio de auto responsabilidad probatoria, elevado a canon legal en el artículo 167 del Código General del Proceso, que correspondía al trabajador demostrar el parangón a partir del cual se infiriera el trato desigual, y sólo cuando ello se satisfacía, se trasladaba la carga de la prueba al empleador respecto del trato diferenciado. Basta con remitirse a la Sentencia T-079 del 28 de febrero de 1995.

Con la entrada en vigencia del artículo 7º de la Ley 1496 de 2011, desde el 29 de diciembre de 2011, se implantó una ventaja probatoria a favor del trabajador, en tanto, de plano, se presumirá injustificado todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.

Por ende, la ventaja probatoria que refulgió ulteriormente con su expedición, obliga al juzgador, cuando se denuncia la violación del aforismo «*A trabajo igual, salario igual*», a que aplique la presunción y con ella es obligación procesal del empleador acreditar en el juicio los elementos objetivos, vale decir evidentes por lo acreditados, que justifiquen el salario diferenciado, en orden a desterrar el conculcamiento del derecho fundamental a la igualdad de trato consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política. Esta percepción, es consecuente con la expuesta por la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-833 de 2012, al señalar:

> *«El principio a trabajo igual, salario igual, responde entonces a un criterio relacional, propio del juicio de igualdad. Por ende, para acreditar su vulneración debe estarse ante dos sujetos que al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico de exigencias de cualificación para el empleo, son comparables y, no obstante ello, reciben una remuneración diferente. Se insiste entonces en que la discriminación salarial injustificada debe basarse en la inexistencia de un parámetro objetivo, discernible y razonable, que justifique la diferenciación».*

[1] CSJ SL5464-2015

Esta presunción de discriminación que se implementó en el sistema jurídico colombiano con la entrada en vigencia del artículo 7º de la Ley 1496 de 2011, no desconoce la Jurisprudencia que de antaño ha mantenido la H. Corte Suprema de Justicia, que en la sentencia del 19 de mayo de 2005, expediente: 24312, sostuvo:

> *«El criterio que ha mantenido la Corte, es precisamente el de que para determinar si en efecto se produce la violación del principio contenido en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, necesariamente debe examinarse si la diferencia salarial existente obedece a razones meramente objetivas, o si, por el contrario, constituye un trato discriminatorio motivado eventualmente en circunstancias subjetivas por parte del empleador.*
>
> *De modo que por no ser de aplicación automática el precepto "a trabajo igual salario igual", es que debe determinarse en cada caso particular y concreto, si los cargos con funciones idénticas, son desempeñados por trabajadores que se encuentran en un mismo plano de igualdad en cuanto a su eficiencia, calidad y cantidad de trabajo, experiencia en las actividades que ejecuta, es decir, su antigüedad, así como su nivel profesional o académico, entre otras».*

Teoría que es reiterada en sentencia del 3 de agosto de 2007, expediente: 29468, de la misma Corporación, así:

> *«Es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral».*

Y ya en otra oportunidad, en Sentencia del 10 de octubre de 1980 puntualizó:

> *«De otra parte la igualdad en condiciones de eficiencia, que le permite a un trabajador realizar una labor de igual valor a la que otro realiza, debe ser apreciada objetivamente, aunque no sólo en cuanto al rendimiento físico, pues no se trata de remuneración por rendimiento. Debe configurarse también trabajos de igual valor frente a aspectos de tanta importancia como la capacidad de iniciativa y el sentido de responsabilidad al equipo, al material, al trabajo y seguridad de los compañeros y al cumplimiento de órdenes e instrucciones».*

El amparo al trabajador que es objeto de discriminación salarial por factores subjetivos o discrecionales por parte del empleador en virtud del principio tuitivo de la jurisdicción dada la posición débil de trabajador en la relación contractual laboral, se ha mantenido invariable en la doctrina de la CSJ <SL 17462 de diciembre 14 de 2014> en la que se puntualiza… *«Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7º de la L. 1496/2011, según la cual «Todo trato diferenciado en materia salarial o de*

remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática- de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. ***En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador*** *– dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato».* (Negrillas de la Sala)

Atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales, se tiene que en el proceso no es objeto de discusión en esta instancia, la existencia del contrato de trabajo entre demandante y demandada desde el 26 de julio de 1989 (fls. 12, 30, 45 y 46), así como que en la actualidad ocupa el cargo de *ANALISTA I*, que al mes de julio de 2016 devengó un salario mensual de $2.812.771.oo (folios 45-46). Ahora, revisados los documentos aportados al plenario, no encuentra la Sala parámetro de comparación objetiva alguna, pues se limitó la parte actora a relatar que hubo un incremento salarial en favor del señor RUBIEL ALFONSO CARRILLO OSMA en un 114%, mientras que para el demandante sólo se le incrementó el salario en un 14% y para ello se aportó al proceso un documento a folios 22 y 38 que trae una relación de cinco personas con los salarios presuntamente devengados, empero, de entrada, tales documentos no es posible tenerlos en cuenta, en tanto y en cuanto, no es posible establecer su autenticidad, no existe certeza de quien los creo al estar sin firma alguna, de modo que su estimación se rige por las reglas de los documentos auténticos en los términos del artículo 244 del CGP al enseñar5 que *«Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento».* En tal sentido, carecen de valor probatorio tales documentos.

Seguidamente el actor aportó tres comprobantes de nómina suyos, sin aportar, por ejemplo, los del otro trabajador con el que pretende su nivelación, en dichos comprobantes se indica que el actor como analista pertenece al *«Centro de Costos DIRECCION APROVISIONAMIENTO MASIVO»* (fls. 31-32, 33); pese a ello, a folios 112 y 113, se agregó una certificación laboral expedida por la Líder del Centro de Servicios al Trabajador de la ETB, donde se indica que *«El último cargo desempeñado fue como* ***Analista I de la Dirección Aseguramiento de Servicios Masivos, de la Curva L Categoría XIV****»* y, además, se indican las

funciones realizadas por éste. A su turno, se certificó igualmente que para el caso del actor el *«cargo desempeñado fue como **Analista I de la Curva Salarial Categoría XIV, Nivel E. de la Vicepresidencia de Operaciones**»*.

Vale decir que los mencionados documentos fueron los únicos medios de prueba tendientes a acreditar la presunta discriminación salarial, circunstancia por la cual, estima la Sala que en el presente caso, contrario a lo expuesto por el demandante, en el expediente si bien puede inferirse en principio la igualdad de cargo del demandante con el del señor RUBIEL ALFONSO CARRILLO OSMA, no quedó demostrado el puesto de trabajo, ni mucho menos la igualdad de funciones, entre el demandante y éste, tampoco con base en qué criterios se genera diferencia salarial ni porqué conceptos, sumado al hecho que estaban en dos centros de costo diferentes y pertenecen a distintas escalas salariales, sin que se acreditara en el plenario cuales eran las funciones del actor, ya que aportó únicamente tres manuales de funciones que no corresponden al cargo de analista (Obrero, Auxiliar VIII y Audio probador -fls. 23 a 25-); y con relación al testigo traído al proceso, debe decir la sala que debe descartarse lo dicho por este, en primer lugar porque según indicó prestó sus servicios en otras dependencias o centros e servicios, de modo que no es posible determinar objetivamente cuales eran las diferencias entre ambos, lo anterior sumado al hecho que tal testigo se encuentra viciado en la medida que en la respectiva audiencia se puede verificar que el actor influyó en las respuestas del testigo, especialmente al minuto 37:50, circunstancia que tampoco hace creíble lo dicho, de ahí que tampoco pueda tenerse en cuenta como un testigo imparcial. Así las cosas, conforme a la sana crítica probatoria del artículo 61 del CPT y SS se infiere de los documentos señalados que el trato diferenciado en materia salarial obedecería a circunstancias relacionadas con el centro de costos donde laboraban y las funciones que realizaban en cada uno de ellos, además de la categoría salarial a la que pertenecían, situaciones objetivas que dan al traste con las pretensiones invocadas por la parte actora.

En virtud de los argumentos expuestos, 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 proferida el 27 de marzo de 2019 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GUSTAVO ADOLFO FERNANDEZ MARTINEZ contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., Rad. 110013105-022-2019-00391-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la parte accionada COLPENSIONES Y PORVERNIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 22 de abril del 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **GUSTAVO ADOLFO FERNANDEZ MARTINEZ**, pretende se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual –RAIS-, efectuado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías AFP PORVERNIR S.A. efectuada el 30 de mayo de 1997, como consecuencia de lo anterior, se le condene a restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, así como cualquier concepto que hubiere recibido e ingresos por concepto de la afiliación, incluidas las cuotas de administración. Se condene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado, con los valores obtenidos mientras estuvo vinculado en el RAIS y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por el demandante en

ese régimen. Se condene a PORVENIR S.A. al pago de perjuicios morales, a lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria, solicitó se declare la ineficacia del aludido traslado de régimen pensional, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación a ese fondo privado.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó el demandante haber sido vinculado por la parte demandada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de julio de 1997. Al momento del traslado de régimen pensional del demandante, no se le brindó la información completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto al régimen que más le convenía de acuerdo con su historia laboral, salarios y edad; ni sobre las implicaciones que el cambio de régimen tendría sobre sus derechos pensionales; no fue informado sobre los riesgos de poderse pensionar con una mesada menor a la que podría recibir en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, o inclusive no poderse llegar a pensionar, no se le realizó proyección futura de su pensión, no se le informó que capital debía acumular para pensionarse anticipadamente, o para tener derecho a una pensión, ni del capital que necesitaría ahorrar para mantener su mínimo vital, teniendo en cuenta que en el Régimen de Ahorro Individual el monto de la pensión de vejez depende del capital ahorrado y así establece hasta que edad y cuanto debía cotizar o con que salarios, en promedio, para alcanzar una pensión de vejez, por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida de conservar el mismo salario base de cotización o cuanto debía ser el capital que debía acumular para pensionarse con una mesada cercana a su ingreso mensual con el que cotizaba. Así como tampoco fue informado de que el monto de su pensión podría afectarse, toda vez que se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta tanto del afiliado como de sus beneficiarios (Exp. Digital: *«2019-391 (02).pdf»* Págs. 149 a 188).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, poniendo de presente que, no existe prueba alguna de que efectivamente al actor se le hubiese hecho incurrir en error (falta del deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte del demandante, al

contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010; no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993 el cual reza, "Después de (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". Propuso 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» «innominada o genérica» (Exp Digital. 2019-391 (2). a 232)

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** por su parte, contestó la demanda manifestando que se informó al demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que este tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado. En cuanto a la omisión de la información, aclaró que la misma jamás se presentó, toda vez que en cuanto al régimen de ahorro individual con solidaridad, se le manifestó al demandante que podría pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual compuesto por los aportes obligatorios, los aportes voluntarios, sus correspondientes rendimientos y el bono pensional, le permita obtener una mesada pensional superior al 110% del salario mínimo legal vigente y a su vez, indicando características propias del régimen que le han asistido desde el momento de su afiliación tales como la existencia de excedentes de libre disponibilidad, la devolución de saldos en caso de no cumplir presupuestos para el derecho pensional, heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecer sin beneficiarios, la pensión de garantía mínima, entre otros. 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» (Exp. Digital. 2019-391 (2). 306 a 332).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del veintidós (22) de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS administrado por la AFP PORVENIR que tuvo como fecha el 30 de mayo de 1997,

como consecuencia de ello, estableció que la afiliación válida de la demandante corresponde al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES. Ordenó a PORVENIR S.A. a transferir 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, conforme quedaron explicados en esta providencia.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que es obligación de las AFP brindar información a sus afiliados de manera objetiva, comparada y transparentes, indicándoles las características de ambos regímenes para así realizar un juicio claro de las opciones que le puedan favorecer, precisó que esta obligación tiene procedencia en virtud de la doble condición, sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, lo que hace más riguroso dicho requisito. Informó que, la jurisprudencia ha referido que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, no expresa que la decisión haya sido libre e informada; mencionó que de dicha actuación solo se puede establecer que se firmó libremente pero no que fue informada. Respecto de la carga de la prueba adujo que es la AFP quien debió probar que sí brindó la información debida cuando afilio al demandante, de tal manera, se evidenció que PORVENIR no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, sin que del formulario correspondiente se derive tal hecho, y mucho menos el interrogatorio de parte, pues no se reflejó el deber de información, pudiendo probar con otros medios la asesoría brindada, acto que no se convalidó con la afiliación posterior a COLPENSIONES, quedando así probado que el traslado es ineficaz. Sobre la excepción de prescripción advirtió que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de AFP PORVENIR apeló la decisión, argumentando que su representada si cumplió cabalmente sus obligaciones conforme con el marco legal que regulaba el deber de información y que se encontraba vigente en el año 1998 cuando el demandante suscribió el formulario de afiliación, de manera que se le permitió a este libre y voluntariamente afiliarse. Manifiesta que debe tenerse en cuenta que en cabeza de AFP PORVENIR no obraba obligación diferente a brindar una información sobre las condiciones, características y limitaciones del RAIS que fue lo que efectivamente se realizó, no solamente con la firma del formulario de afiliación. Adujo que no puede exigirse a PORVENIR S.A. el cumplimiento de un

deber de información que simplemente no estaba vigente para la fecha en la que el demandante se trasladó de régimen, pues como bien lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, existen unos grados de información que dependen del contexto en que se dé la afiliación de los posibles afiliados. Concluye manifestando que debe tenerse en cuenta que el deber de información es de doble vía y simplemente no puede limitarse únicamente al deber de las AFP solucionar las dudas o inquietudes que tenga el usuario frente al traslado de régimen que efectuó. Frente a la condena de los gastos de administración indicó que no es procedente, en primera medida porque el acto es válido, se ajustó a la normativa legal al momento de la afiliación y no es acorde con las restituciones mutuas por cuanto no puede ordenarse devolver los aportes y al mismo tiempo ordenarse devolver las sumas que invirtió para administrarlo.

Por su parte, COLPENSIONES apeló y manifestó que el demandante no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio del régimen pensional, toda vez que, no se encuentra disminuida su capacidad para celebrar actos y contratos, indicó que teniendo en cuenta que su elección dependía su futuro pensional, dedujo que el actor fue negligente frente a este aspecto. Afirmó que el demandante tampoco hizo uso de los mecanismos legales contenidos en el mismo formulario tales como el de retractarse y la decisión. Hizo referencia al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, advirtiendo que debe tenerse en cuenta el principio del interés general que debe primar sobre el particular, porque con dicha declaración de ineficacia afectan el patrimonio público por cuanto COLPENSIONES tendría que pagar la pensión que llegare a percibir la parte demandante y siendo su ahorro de manera individual, no financió las pensiones del RPMDP y por ende su ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión.

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 apelación, solicitando que se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra. 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 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 cargos de las Administradoras de Fondos Privados que hacen el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que esta 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, es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio. Por lo tanto, 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 pesar que el actor no prueba la fecha del nacimiento, carga mínima que le incumbía, en el archivo Exp. Digital. GRP-SCH-HL-66554443332211_1700-20200205081942, así como del formulario de afiliación de Colpensiones, se puede observar que se registra como su fecha de nacimiento el 19 de octubre de 1960, por lo que la edad de 62 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2022,

[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".

procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLPENSIONES el 26 de marzo de 2019 (Exp. Digital. 2019-391 (2). Págs. 26-27), 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 ni siquiera había iniciado a cotizar en el sistema general de pensiones, lo cual ocurrió el 12 de agosto de 1994 (Exp. Digital. GRP-SCH-HL-66554443332211_1700-20200205081942 Pág. 1), 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, 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 30 de mayo de 1997 (Exp. Digital. 2019-391 (2). Pág. 133), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

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

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la

obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada al demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales suyas en el RAIS o de las ventajas y desventajas que le 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 (pág. 133), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como

quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

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 (30 de mayo de 1997, (Exp. Digital. 2019-391 (2). Pág. 133), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a las recurrentes, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020)..

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que 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 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.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el*

nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, tampoco incide 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.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene importancia que el 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 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 CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

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,

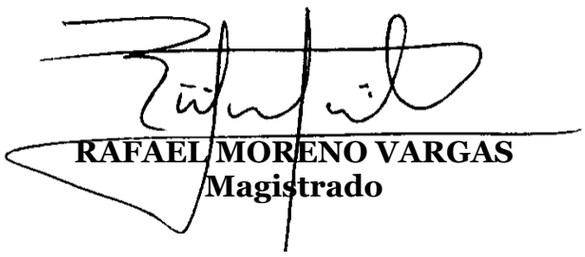
RESUELVE

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.

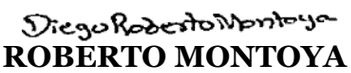
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUZ DARY CASTRO DE SAAVEDRA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 110013105-031-2020-0272-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a revisar los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, el 23 de julio de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **LUZ DARY CASTRO DE SAAVEDRA**, instauró demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la señora DORALBA CAMELO PINZON, con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por ser beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, junto con el retroactivo pensional desde la fecha de causación del derecho, más los reajustes anuales y los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, se declare que la señora DORALBA CAMELO PINZON, no efectuó su afiliación al sistema general de seguridad social en pensiones, por tanto debe pagar los periodos en los que omitió el pago de los aportes a pensión, previo calculo actuarial del fondo de pensiones. Finalmente, se condene a las accionadas al pago de lo ultra y extra Petita, más las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 10 de agosto de 1954, por lo que cumplió los 55 años de edad el mismo día y mes del año 2009, aclarando que al 01 de abril de 1994 tenía 39 años de edad. Explicó que el 01 de marzo de 2013, COLPENSIONES negó el reconocimiento pensional por considerar que no tenía semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones, mientras que al resolver su recurso de apelación, la entidad aseguró que sólo aparecen 713 semanas cotizadas en su historia laboral. Expuso que desde el 01 de septiembre de 1993 al 01 de marzo de 1994 laboró como empleada doméstica de la señora DORALBA CAMELO PINZÓN, devengando un salario mínimo legal mensual vigente, del cual eran descontados los aportes parafiscales, sin embargo, no fue afiliada al Instituto de Seguros Sociales-ISS y por tanto, no se efectuó el pago de los aportes correspondientes a los años de 1993 y 1994. En razón de lo anterior, expresó que la señora DORALBA CAMELO PINZÓN solicitó a COLPENSIONES un cálculo actuarial de los aportes adeudados, sin embargo aquel sólo le fue notificado cuando se había vencido la fecha de pago, por lo que, la empleadora solicitó la actualización del cálculo, la cual nunca fue efectuada por COLPENSIONES (Exp. Digital: 001. Escrito de Demanda, págs. 1 a 16).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la demandante no cumple con la densidad de semanas requeridas para adquirir el derecho pensional, toda vez que según la historia laboral aquella sólo cotizó 733.86 semanas al sistema de seguridad social en pensiones. Aseguró que sólo procede el reconocimiento pensional una vez se cumplan la totalidad de los requisitos, para lo cual, la señora DORALBA CAMELO PINZÓN debe efectuar el pago del cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 01 de septiembre de 1993 y el 01 de marzo de 1994. Explicó que los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sólo son aplicables cuando se presenta un incumplimiento injustificado en el reconocimiento de la prestación pensional, circunstancia que no ocurrió, dado que mediante Resolución VPB-1856 del 14 de febrero de 2014 se indicó a la actora que no cumple con el mínimo de semanas requeridas para adquirir el derecho. Solicitó que en caso de conceder las pretensiones a la demandante, se absuelva del pago de costas y agencias en derecho por cuanto cumplió con todas las obligaciones a su cargo. Formuló como excepciones de mérito las de «inexistencia del derecho y la obligación», «prescripción», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «buena fe» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 009. Contestación Colpensiones, págs. 2 a 10).

A su turno, la señora **DORALBA CAMELO PINZÓN** contestó la demanda, manifestando que no se opone al pago del cálculo actuarial, siempre y cuando sea el mismo que efectuó COLPENSIONES en el año 2016, aclarando que siempre estuvo presta a cumplir con sus obligaciones como empleadora, empero la demandante no le allegó oportunamente los documentos para su afiliación al sistema general de seguridad social en pensiones, aunado a que, el fondo de pensiones le envió el cálculo actuarial cuando la fecha de pago ya había expirado y pese a que lo solicitó nuevamente, no le fue enviado. Formuló como excepciones de mérito las de «buena fe», «prescripción y caducidad» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 015.2020-272 Contestación demanda, págs. 2 a 6).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito, mediante sentencia proferida el 23 de julio del año 2021, declaró que existió un contrato laboral entre la demandante y la señora DORALBA CAMELO PINZON desde el 01 de septiembre de 1993 al 01 de marzo de 1994, en consecuencia, condenó a la demandada al pago del cálculo actuarial que efectué COLPENSIONES. Así mismo, declaró que una vez se verifique el pago del cálculo actuarial, la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 desde el 10 de agosto de 2009, por lo que COLPENSIONES deberá pagar a la actora, el retroactivo pensional previo descuento de los aportes al sistema de seguridad social en salud. Finalmente, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 07 de septiembre de 2017.

Para arribar a la anterior conclusión, indicó que al tenor de los artículos 23 y 24 del CST, la demandante prestó el servicio de manera personal bajo subordinación de la señora DORALBA CAMELO PINZÓN, tal como lo confesó la demandada, pues aceptó que la actora prestó sus servicios en un restaurante de su propiedad, cumpliendo un horario de domingo a domingo con un día de descanso, ganando un salario mínimo legal mensual vigente, monto sobre el cual efectuaba los descuentos a seguridad social en pensiones y salud. Por ello, encontró que existió una relación laboral entre la demandante y la accionada, DORALBA CAMELO PINZÓN desde el 01 de septiembre de 1993 hasta el 01 de marzo de 1994, periodo que según el cálculo actuarial de 2016 expedido por COLPENSIONES equivale a $3.788.338. Explicó que no es dable confundir la mora patronal con la falta de afiliación, pues de un lado, el empleador reportó la relación laboral ante el sistema de pensiones y por ende, las entidades administradoras no pueden desconocer la validez de las semanas en mora, salvo que demuestren que realizaron todas las gestiones para obtener el pago por parte del

empleador, mientras que, en el segundo evento, el empleador guarda silencio sobre la relación laboral y omite la afiliación del trabajador, caso en el cual según la jurisprudencia reciente de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, es posible que el fondo de pensiones reconozca la prestación pero efectuando el recobro al empleador por medio del cálculo actuarial. En ese orden, encontró procedente que COLPENSIONES sume a la historia laboral de la demandante las 25,75 semanas correspondientes a la relación laboral entre la demandante y la señora DORALBA CAMELO PINZÓN, las cuales sumadas a las que obran en la historia laboral de la actora arrojan un total de 759,57 semanas cotizadas.

Por otro lado, precisó que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, creó un régimen especial para quienes tuvieran una expectativa pensional a la entrada en vigencia de dicha norma, de tal suerte que quienes para esa data tuvieran 35 años (en el caso de las mujeres) o 40 años (para los hombres) o contaran con más de 15 años de servicio, pueden pensionarse con una norma anterior a la aludida, lo que permite que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición, toda vez que para el 01 de abril de 1994 tenía 39 años de edad. Expuso que el Acto Legislativo 01 de 2005 estipuló que los beneficios del régimen de transición sólo podrían extenderse hasta el 31 de julio de 2010, excepto quienes siendo beneficiarios hubieren cotizado 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio, para el momento de entrada en vigencia de dicha norma, a quienes se les extendió el beneficio hasta el año 2014. Señaló que la demandante al 29 de julio de 2005 no reunía 750 semanas, es decir, que tenía como fecha máxima para causar el derecho pensional el 31 de octubre de 2010, precisando que para esa data la demandante ya cumplía con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, por cuanto, al cumplir 55 años de edad (el 10 de agosto de 2009), había cotizado 639,74 semanas en los veinte (20) años anteriores. Respecto del monto de la mesada, estableció que la demandante tiene derecho a un salario mínimo legal mensual vigente desde la fecha de causación del derecho, es decir, el 10 de agosto de 2009, toda vez que los aportes a pensión se realizaron sobre ese monto, aunado a que, la Ley 100 de 1993 estatuyó la garantía de pensión mínima y el Acuerdo 049 de 1990 señaló un 45% sobre el IBL para cuando la pensión se causa por haber cotizado 500 semanas. Añadió que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las dos mesadas adicionales al año, dado que su derecho se causó conforme con las reglas del Acuerdo 049 de 1990 y su mesada pensional es inferior a los tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes. De otro lado, halló prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 07 de septiembre de 2017, en tanto, el derecho pensional de la demandante se causó el 10 de agosto de 2009, la reclamación ante COLPENSIONES fue presentada el 14 de noviembre de

2012, la cual fue resuelta mediante resolución que se notificó el 04 de mayo de 2013, empero, la demandante no formuló la demanda dentro de los tres años siguientes a esa última fecha, sino hasta el 07 de septiembre de 2020. Aclaró que el pago del retroactivo pensional se encuentra supeditado a que la accionada, la señora DORALBA CAMELO PINZÓN, efectúe el pago del cálculo. Esgrimió que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, no procede el pago de los intereses moratorios en ciertos eventos, tales como, cuando el derecho se causó en virtud de normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, así como cuando hay incertidumbre de los beneficiarios o titulares del derecho pensional, encontrando que COLPENSIONES no podía reconocer la prestación a favor de la actora, sin una sentencia judicial que estableciera que aquella es beneficiaria del régimen de transición, concluyendo que no hay lugar a su pago. Finalmente, considero que no hay lugar a indexación, por cuanto no fue pretendida en la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **DEMANDANTE** inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación parcial, manifestando su inconformidad con la forma en la que se debe realizar el pago de la pensión y con la absolución del pago de los intereses moratorios. Argumentó que no es dable supeditar el pago de la pensión al pago del cálculo actuarial por parte de la señora DORALBA CAMELO PINZÓN, en tanto, se impone una carga injustificada a la demandante, quien durante años se ha visto afectada por no poder disfrutar de su pensión a raíz de la omisión de la empleadora, por ende, solicitó que se ordene el pago inmediato de la prestación. Igualmente, indicó que procede el pago de intereses moratorios, por cuanto COLPENSIONES conoce desde el 2016 la omisión de la afiliación por parte de la señora DORALBA CAMELO PINZÓN, máxime cuando aquella solicitó el cálculo actuarial y no lo canceló, momento en el que la entidad debió iniciar el cobro coactivo.

El apoderado judicial de la accionada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación parcial contra el reconocimiento de la pensión a la demandante, argumentando que el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció que la aplicación del régimen de transición no puede ir más allá del 31 de julio de 2010, salvo quienes siendo beneficiarios hayan cotizado 750 semanas o lo equivalente al tiempo de servicio al momento de la entrada en vigencia de dicha norma, caso en el cual el beneficio se extendería hasta el año 2014, sin embargo, la historia laboral de la demandante da cuenta de que para esa data, aquella no cumplía con el mínimo de 750 semanas cotizadas. En ese orden, solicitó revocar el reconocimiento pensional a favor de la actora conforme con el régimen de transición.

El apoderado judicial de la señora **DORALBA CAMELO PINZON** apeló la decisión, argumentando que en su debido momento quiso resarcir el daño, por lo que solicitó el cálculo actuarial, sin embargo, no pudo realizar el pago por omisión de COLPENSIONES, dado que la entidad le notificó el referido calculo, cuando la fecha de pago ya había expirado, tal como lo acredita en el expediente administrativo. Arguyó que no se puede causar un doble perjuicio en el pago de esas obligaciones, solicitando que el pago se atenga al cálculo actuarial del 2016, sin que sufra modificación o actualización alguna, de lo contrario la deuda sería impagable, incurriendo en una mora y una culpa que es de COLPENSIONES por haber expedido y enviado tardíamente el cálculo actuarial. Finalmente, solicitó modificar las costas, manifestando que son muy altas.

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 los expuestos en el recurso de alzada, solicitando se revoque la sentencia de primer grado. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

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

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se tiene como aspectos fuera de discusión que la demandante conforme a la copia de la cédula de ciudadanía que obra en la página 17 del archivo <*001. Escrito de Demanda.pdf*>, nació el 10 de agosto de 1954, por lo tanto, se tiene que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años de edad, específicamente con 39 años. De igual modo, se tiene acreditado que el demandante cotizó un total de 733,86 semanas en COLPENSIONES desde el 01 de diciembre de 1996 hasta el 31 de julio de 2012 (Págs. 26 a 32, 001. *Escrito de Demanda.pdf*). Tampoco es objeto de discusión en esta instancia la relación laboral de la demandante con la señora **DORALBA CAMELO PINZON** entre el 1° de

septiembre de 1993 y el 1° de marzo de 1994, periodo frente al cual no hubo afiliación a los riesgos de IVM del ISS.

CALCULO ACTUARIAL

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

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

[1] CSJ SL-051-2018

Ahora bien, tanto en la sentencia SL-051-2018, como específicamente en la sentencia SL4388-2015, ha sido unánime la doctrina probable de la especialidad, en que insoslayablemente el reconocimiento pensional, deviene por efecto del pago del cálculo actuarial, o en sede judicial, de la declaratoria que haga el Juez Laboral del contrato de trabajo y consecuente orden impartida al empleador omiso del pago del título pensional, pues sólo así surge diáfana la obligación del empleador del traslado del cálculo actuarial, es decir, que en este escenario judicial no puede el Juez mantener en cabeza de la entidad la obligación de reconocer la prestación con inclusión de dichos tiempos, sin que al menos se condicione a la orden a cargo del empleador de asumir los efectos económicos y actuariales del tiempo servido a través del título pensional, dicho de otra manera, razonó la citada Colegiatura, en el segundo de los pronunciamientos en cita que: «*la Corte ha optado por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado,* ***pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial*** *a la respectiva entidad de seguridad social, que mantiene la obligación de reconocer las prestaciones correspondientes»,* y en esa misma dirección, acentúa la necesidad de que se haga la declaratoria del contrato y se imparta una orden expresa al empleador al indicar que «*en anteriores oportunidades en las que se ha discutido la existencia del contrato de trabajo y se ha optado por declararlo, ante la realidad de que el trabajador no estuvo afiliado al sistema de pensiones durante la vigencia del vínculo laboral, se ha sostenido que la solución a dicha problemática es que la respectiva entidad de seguridad social tenga en cuenta el tiempo de servicios y recobre el valor de los aportes, mediante un título pensional».*

Por lo dicho, es claro en este caso que al estar determinado que la accionada **DORALBA CAMELO PINZON** no afilió a la actora al sistema de pensiones durante el períodos indicados en la sentencia de primer grado, le corresponde el pago de los mismos a través de la elaboración del cálculo actuarial, que corresponde hacerlo a la entidad administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliada la demandante con sujeción al Decreto 1887 de 1994, en armonía con el Decreto 3798 de 2003, pues si bien es cierto, dichas normas no establecen de manera puntual quien es el obligado a realizar la respectiva liquidación actuarial, no es menos cierto, que es el fondo de pensiones al que se encontrare afiliado el trabajador quien en ultimas aprueba la liquidación que eventualmente presente el empleador, razón por la cual, el órgano de cierre de la especialidad laboral, en sus decisiones, siempre ha ordenado el pago del respectivo calculo actuarial sin especificar de ante mano un monto, sino supeditándolo al valor que sea liquidado por la respectiva entidad administradora de

pensiones, así por ejemplo, en sentencia SL1480-2018, se impartió por dicha Corporación en sentencia de instancia, la siguiente orden:

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

En esa línea decisional, se concluye que hay lugar al pago el cálculo actuarial por los periodos donde no hubo afiliación a cargo de la aludida empleadora en los términos indicados en primer grado, sin que haya lugar a su expedición en los términos solicitados en la alzada, sino a los que defina la AFP.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN – PENSIÓN DE VEJEZ

Así establecido, debe advertirse respecto a la aplicación del régimen de transición a la demandante, que éste fue establecido con el fin de proteger a una población de trabajadores antiguos o con cierto número de años de servicio y de edad, para que pudieran pensionarse en términos más favorables a los que trajo la Ley 100 de 1993. Al respecto, de antaño la jurisprudencia laboral ha explicado que dicho régimen transitivo, que se instituyó en el artículo 36 ibídem, *«es un mecanismo que atenúa el rigor del principio de la aplicación general e inmediata de la ley. Es un beneficio para los trabajadores antiguos que, para la fecha de la entrada en vigencia de la ley nueva, no han accedido aún al derecho que se trata. Consiste en aplicar la legislación anterior, lo que de suyo es algo excepcional, y por lo mismo, de rigurosa aplicación restringida»* (Ver entre otras muchas, las sentencias CSJ SL, 21 mar. 2002, rad. 17768, reiterada en las CSJ SL, 3 oct. 2008, rad. 33442 y recientemente en la CSJ SL2902-2021).

Aunado a lo anterior, ha señalado el Alto Tribunal en la más reciente de las decisiones en cita, precisó: «*la Corte ha puntualizado que para que se aplique el beneficio del régimen de transición es presupuesto fundamental que ese grupo poblacional, frente al cambio legislativo, tenga en ese momento una expectativa legítima de que su pensión será producto de aplicar el sistema o régimen pensional anterior al cual se encuentre afiliado, sin que sea menester tener la condición de cotizante activo, en este caso, para el 1 de abril de 1994. Así lo ha adoctrinado esta corporación, entre otras, en pronunciamiento CSJ SL8801-2015, donde manifestó:*

> *«La controversia a elucidar por la Corte se contrae a establecer si la recurrente tiene en su favor, por vía del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, derecho a la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 de igual anualidad, no obstante, que para el 1º de abril de 1994, cuando entró a regir la referida normativa de transición, no se encontraba afiliado a ningún régimen pensional, pues así lo*

> *concluyó el Tribunal luego de analizar el reporte de semanas cotizadas ante el ISS, que reflejaba que sólo después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, más exactamente en marzo de 1998, el actor comenzó a cotizar, aspectos fácticos sobre los que no existe discusión dada la vía escogida en el único cargo propuesto, y que aceptó expresamente la censura.*
>
> *En ese orden, desde ya debe concluirse que el Tribunal no incurrió en los dislates atribuidos al entender que la titularidad a un régimen pensional por vía de transición impone, como mínimo, que se haya estado afiliado a un régimen pensional durante su ordinaria vigencia y que tenga relación con la pensión que se pretende, pues sólo puede accederse al derecho pensional si se cumplen los supuestos de hecho que la particular norma que lo regula exige, el primero de los cuales es, obviamente, que se hubiere tenido la condición de afiliado a dicho régimen, por cuanto no es dable derivar un derecho de una condición que nunca se tuvo».*

En ese orden de ideas, no se trata de que el afiliado se encuentre o no cotizando al momento en que se produjo el tránsito de legislación, sino de que para la fecha en que operó el cambio normativo, 1° de abril de 1994, aquel tenga una expectativa pensional en formación, susceptible de ser protegida en su materialización, circunstancia que no se suple con el sólo cumplimiento de la edad, prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que para el caso de las mujeres corresponde a los 35 años, pues, se insiste, para ser beneficiario de tal prerrogativa pensional se requiere haber estado afiliado al régimen anterior que pretende le sea respetado y aplicado con posterioridad a la entrada en vigor del sistema general de seguridad social, lo cual no acontece en el *sub lite* como pasa a verse.

En efecto, se tiene que ciertamente la demandante acredita más de 35 años de edad, lo que en principio la haría beneficiaria de dicho beneficio, no obstante, como ya se explicó, su afiliación al sistema de pensiones se dio con posterioridad al 1° de abril de 1994, más exactamente el 01 de diciembre del año 1996 a través del régimen subsidiado administrado por el Consorcio Prosperar, tal como se advierte del expediente administrativo. En ese sentido, en sentir de la Sala no es posible aplicarle a la demandante los postulados del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del año ídem, pues claramente no tenía ninguna expectativa de pensionarse con ese régimen pensional y desde luego que habilitar aquellos tiempos de omisión de afiliación del empleador en modo alguno la hacen beneficiaria de los acuerdos del Instituto de los Seguros Sociales, pues en tal medida su expectativa pensional derivaría del artículo 260 del CST al estar a cargo del empleador la prestación pensional ante la ausencia de afiliación.

Al efecto, es de recordar que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en cuanto al derecho que tiene la demandante a la reserva actuarial, por unos tiempos que prestó sus servicios a su empleador, por los

cuales éste no cotizó, impone memorar que según lo orientado en las sentencias CSJ SL14388-2015 y CSJ SL2138-2016, las disposiciones llamadas a definir los efectos de la no afiliación al sistema de pensiones, con arreglo a los referidos principios de la seguridad social, son las vigentes en el momento del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión, de ahí que en este caso, deba acudirse a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, modificada por la 797 de 2003 y por ello, no habría lugar a habilitarse su afiliación al ISS para la época de la omisión.

Sobre el tema, en providencia CSJ SL1169-2018, la Corte puntualizó:

> *«[…] que, en virtud del carácter retrospectivo de las normas de seguridad social y de los principios de universalidad e integralidad que las rigen, las disposiciones llamadas a definir los efectos de la omisión en la afiliación al sistema de pensiones son las vigentes en el momento en el que se causa la prestación reclamada y no las vigentes en el momento de la omisión».*

Asimismo, no debe perderse de vista que el citado artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, consagró en su aparte pertinente que,

> *«[…] para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, y en concordancia con lo establecido en el literal f) del artículo 13 se tendrá en cuenta: […] c). El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre que la vinculación laboral se encuentre vigente o se inicie con posterioridad a la vigencia de la presente Ley […]».*

Al punto, la Sala de Casación Laboral ha considerado sobre el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en sentencia CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 40250, lo siguiente:

> *«Los empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, tomando un aparte de la literalidad del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, son aquellos que frente al actor tienen un deber pensional, porque no fueron subrogados totalmente por una administradora de pensiones, ora porque no se afilió el trabajador al sistema, ora se hizo luego de diez años de servicios, ora no se cumplió oportuna y suficientemente con el deber de cotizar».*

Aunado a lo anterior, con la entrada en vigencia del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el aludido artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se estableció, entre otros aspectos, en el literal d), que para efectos del cómputo de las semanas se tendría en cuenta también «*el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador*», de tal modo que se adecuo la legislación en torno a las exigencias para computar los tiempos laborados por el trabajador para un empleador que fue omiso en su deber de afiliación al régimen de pensiones, en cualquier época; situación que guarda correspondencia con lo previsto en el inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003.

De esta manera, si bien se deben tener en cuenta esos aportes omitidos para efectos pensionales, no es dable concluir que con ellos se deba tenerla como afiliada al ISS en la fecha de la omisión y con ello habilitar expectativas que no tenía la demandante para esa fecha como se pretende en este caso, tal y como lo hizo la juez a quo, y a lo sumo, se itera, la única expectativa pensional que tendría la actora sería que el empleador la pensionara, pues recuérdese que en principio se consideró que el patrono que omitiera afiliar al empleado al sistema pensional, antes de la entrada en vigencia del Decreto 2665 de 1988, debía pagar una indemnización por los perjuicios que con dicha conducta le hubiera podido ocasionar. Así mismo, se dijo que si la falta de afiliación se producía después de la expedición de dicho decreto, aquél estaba en la obligación de reconocerle al servidor las prestaciones en los mismos términos que lo hubiera cubierto el ISS, de haberlo afiliado.

En este escenario, se tiene que la situación pensional de la demandante debe estudiarse bajo los presupuestos de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, con lo cual, no tiene derecho a la prestación por vejez allí consagrada, dado que sumados los tiempos omitidos que equivale a 26 semanas más lo consignado en la historia laboral por 751 semanas suma un total de 777 semanas y lo exigido al menos para la fecha en que se acredita la última cotización eran 1.200 semanas.

Conforme a lo expuesto, se revocará la decisión objeto de apelación de forma parcial, en torno al derecho pensional allí reconocido a cargo de COLPENSIONES y por sustracción de materia no hay lugar a revisar los demás temas objeto de alzada.

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 la señora **DORALBA CAMELO PINZON**, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, precisando en lo que refiere al monto de las mismas, que no es esta la oportunidad procesal para controvertirla en los términos estipulados por el artículo 366 del CGP.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia a cargo únicamente de la demandada **DORALBA CAMELO PINZON**.

DECISIÓN

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

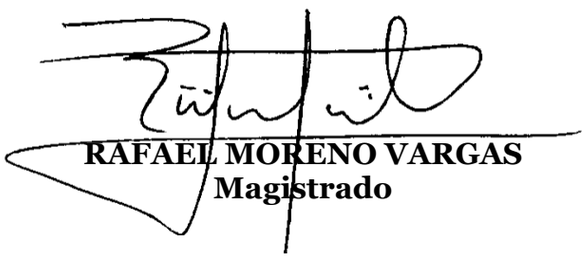
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR LOS ORDINALES TERCERO, CUARTO Y QUINTO de la sentencia objeto de estudio, para en su lugar, ABSOLVER a la entidad demandada COLPENSIONES de las condenas allí impuestas en su contra, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia. En lo demás se confirma la decisión.

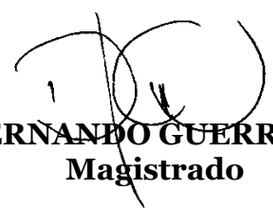
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la accionada **DORALBA CAMELO PINZON**.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

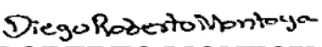
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por EDGAR URBANO MUÑOZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 110013105-015-2020-00080-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de julio de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **EDGAR URBANO MUÑOZ**, pretende que se condene a Colpensiones reconocer su pensión de vejez a partir del 01 de agosto de 2010, bajo los parámetros y condiciones del régimen de transición, se condene a Colpensiones a liquidar y pagar dicha pensión teniendo en cuenta una tasa de reemplazo equivalente al 60% del ingreso base de liquidación, teniendo en cuenta los aportes efectuados durante los últimos 10 años cotizados. Que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 01 de agosto de 2010 hasta la fecha en que se verifique su pago; se condene al pago de las sumas adeudadas debidamente actualizadas, al pago costas y agencias en derecho, así como lo extra y ultra petita.

Sustentó su petición, en síntesis, indicando que mediante Resolución 0474 del 22 septiembre de 1996 la Caja de Crédito Agrario, Industria y Minero le reconoció la

Pensión de Jubilación vitalicia efectiva a partir del 14 de agosto de 1996, en cuantía de $228.812, indicó que, para el reconocimiento de la pensión de jubilación, la Caja Agraria tuvo en cuenta el artículo 42 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1990 – 1992, de la cual el artículo 42 menciona que la pensión de jubilación reconocida mediante está convención será de forma permanente, además que no indica que hay posibilidades de compartir la pensión. Argumentó que teniendo en cuenta este artículo, el Instituto de Seguros Sociales –ISS- mediante la Resolución No. 002526 del 25 de agosto de 2010 le reconoció la pensión de vejez de manera compartida con la pensión de jubilación ya reconocida por la Caja Agraria, pagando el mayor valor. Explicó que el ISS no tuvo en cuenta lo establecido en la Convención Colectiva, en el sentido de no reconocerle una pensión de vejez de manera independiente a la pensión de jubilación que ya venía disfrutando. Adujo que, sumadas las semanas cotizadas al sistema general de pensiones le arroja un total de 5.291 días equivalentes a 756 semanas. Añadió que, a la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es, al 01 de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad. Manifestó que respecto del agotamiento de la reclamación administrativa, presentó Derecho de Petición ante Colpensiones el día 07 de febrero de 2019 solicitando el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con el régimen de transición en concordancia con el Decreto 758 de 1990, para lo cual Colpensiones se pronunció mediante la Resolución SUB 210511, en el sentido de aclarar que ya tenía reconocida una pensión de vejez, por lo cual, negó una posible reliquidación, debido a que no se generaron valores a su favor (fls. 02 a 05).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a la prosperidad de las pretensiones, indicando que, de conformidad con el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el ISS para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el ISS procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el ISS y la que venía cancelando al pensionado. Precisó que el retroactivo que resulte del reconocimiento de la pensión, corresponde al empleador, como quiera que lo que se presenta es un pago

anticipado de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones por parte de la entidad jubilante, que para evitarle un perjuicio al trabajador continua sufragando el valor total de la prestación cuando ya no está a su cargo integralmente, por haber operado la subrogación por parte de Colpensiones, y se podrá ordenar su giro a favor de este, siempre y cuando, con la solicitud prestacional se haya aportado los documentos pertinentes; advirtió que, cuando del Acto Administrativo de reconocimiento o de cualquier documento emanado del empleador se pueda establecer que la pensión patronal tiene el carácter de compartida con Colpensiones, no habrá lugar a solicitar al trabajador autorización expresa para el giro del retroactivo y deberá ser girado directamente al empleador. Agregó que, cuando se determine que la pensión es compatible, con base en prueba documental aportada por el asegurado, el retroactivo se deberá girar directamente al pensionado. Finalmente expuso que dentro de las normas le es más favorable la mesada establecida con la Ley Decreto 758 de 1990, la cual arrojo un IBL de $3.732.009, y a la cual se le aplicó una tasa de remplazo del 90.00% arrojando una mesada de $4,812,855, siendo inferior a la mesada que está en nómina para el año 2019, la cual corresponde a la suma de $4.832.924 m/cte. Formuló como excepciones de mérito las de «Prescripción», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «cobro de lo no debido», «buena fe», «declaratoria de otras excepciones» (fls. 66 a 68).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito, mediante sentencia proferida el 06 de julio del año 2021, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró improcedente que se reconozca una pensión que ya se encuentra reconocida en mejores condiciones de lo solicitado, recordando que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que todas las pensiones que se reconocen con posterioridad al 29 de octubre de 1985, fecha en que entró en vigencia el Acuerdo 029 de 1985 son compartidas, salvo que las partes en la misma convención hayan dispuesto la no compartibilidad, indicó que la historia laboral del accionante reflejó que la Caja Agraria de Crédito Industrial y Minero procedió a cotizar algunos de los tiempos que fueron sustento de la pensión, y reiteró los pronunciamientos de la mencionada alta Corporación frente al tema de la compatibilidad. Advirtió que no es COLPENSIONES quien comparte las pensiones, como se indicó en la demanda,

sino que es quien la paga, señalando que quien las comparte es el empleador. Resaltó que no se halló situación alguna irregular que deba ser corregida por el juzgado, en la medida que, conforme a lo establecido por la CSJ, en el Acuerdo 049 de 1990 y 029 de 1985, la pensión que se reconoció de carácter convencional al demandante es compartida, como en efecto así lo hizo el empleador en el momento en que se le reconoció la prestación pensional por parte de COLPENSIONES.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión, solicitando la revocatoria de la sentencia de primer grado. La accionada por su parte, requirió que se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta Corporación establecer como primer problema jurídico si la pensión convencional reconocida al actor por Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y la de vejez es de carácter compartible y no compatible, de proceder la compatibilidad pensional, en segundo lugar, habrá de determinarse si el actor es beneficiario de la pensión de que trata el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año por ser beneficiario del régimen de transición, así como si es procedente o no la condena a la entidad por el pago de los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Para abordar los anteriores problemas jurídicos, es preciso señalar que no es objeto de reproche que al demandante le fue reconocida por parte de la Caja de Crédito Agrario, Industrial o Minero una pensión de jubilación de carácter convencional mediante la Resolución No. 0474 del 22 de septiembre de 1996 la cual se hizo efectiva a partir del 14 de agosto de 1996 por haber laborado más de 20 años al servicio de la entidad según se desprende del contenido de la mentada resolución que obra en el CD de folio 74 contentivo del expediente administrativo.

Por otro lado, se observa que el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, mediante Resolución No. 00226 del 25 de agosto de 2016 reconoció al actor pensión de vejez, la cual se basó en 1521 semanas cotizadas, un

ingreso base de liquidación del $3.747.571 al cual se le aplicó una tasa de remplazo del 90% en los términos del Acuerdo 049 de 1990, para una pensión de $3.372.814 a partir del 14 de agosto de 2009 y cuyo retroactivo se ordenó girar a la Caja Agraria en Liquidación (CD fl. 74)

Para tal efecto y con ocasión a las figuras de la **compatibilidad** y **compartibilidad** pensional, vale la pena reseñar que la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral - en reiteradas ocasiones ha venido exponiendo las situaciones en las que una pensión de carácter voluntario o convencional reconocida por el empleador puede ser compatible o compartible con la de vejez que se pretenda por parte del antiguo ISS hoy COLPENSIONES.

En tal sentido, recientemente en la sentencia CSJ SL2576-202, del 19 de mayo de 2021, el Alto Tribunal recordó:

> *«**Para dar respuesta debemos recordar la figura de subrogación y compartibilidad.***
> *Dada la naturaleza de las pensiones, el legislador desde los inicios del derecho laboral, con la expedición de la Ley 6ª de 1945, previó que el pago de estas sería asumido por el Seguro Social Obligatorio, organización que objetivamente se entendía le resultaba garantista a los asalariados frente al cumplimiento de la referida obligación; pero ante la inexistencia material de dicha entidad en ese momento, pues su surgimiento data de la expedición de la Ley 90 de 1946 y, mientras pudiera hacer efectiva su función, cosa que empezó a ocurrir después del 1º de enero de 1967 de forma paulatina en el país, radicó en cabeza de los empleadores el deber de reconocer y pagar las pensiones.*
>
> *Posteriormente, y ante el hecho de que los trabajadores pueden ser beneficiarios de pensiones extralegales y simultáneamente acreedores de la pensión de vejez, la ley reguló la forma cómo a partir del 17 de octubre de 1985, operaría la subrogación de la obligación; así expidió el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de ese año y, posteriormente, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en el que claramente dispuso:*
>
> ***COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES.** Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, **el Instituto procederá a cubrir dicha pensión**, **siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado**. (Negrillas y subrayado de las Sala)*
>
> ***PARÁGRAFO.** Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.*
>
> *De tal manera que lo que quiso el legislador fue evitar que para el cubrimiento de un mismo riesgo surgieran concomitantemente dos prestaciones, una de orden extralegal y otra legal, a menos que de manera expresa las partes pactaran lo contrario; y a efecto de asegurarle al titular de éstas el pago de la de mayor cuantía, estableció que si el valor de la que le cancelaba directamente el empleador*

era superior a la que le reconocería el ISS, mantendría el disfrute de aquella cifra, para lo cual el empresario quedaba obligado a suministrar solamente la diferencia, tipo jurídico que se adecua perfectamente al vocablo «compartibilidad».

Ahora bien, en el evento de no quedar suma alguna a cargo de la inicial obligado, por ser la pensión de vejez un rubro superior, responde únicamente la entidad de seguridad social, en virtud de la subrogación impuesta legalmente a ella, momento a partir del cual queda el empresario exonerado de la obligación.

La figura mencionada ha sido analizada en diferentes oportunidades por la Sala, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL 4555-2020 que reiteró la CSJ SL2963-2018, en la que se explicó:

1-. Filosofía y evolución normativa y jurisprudencial de la asunción de riesgos por el I.S.S.

La Ley 90 de 1946 estableció en Colombia un sistema de subrogación de riesgos al Instituto de Seguros Sociales, de origen legal. Así se desprende de la lectura del artículo 72 cuando prescribió que las "prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso…

A su vez, el artículo 76 dispuso que "El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior…".

De suerte que desde entonces existe claridad que la norma matriz de la seguridad social colombiana dispuso que las pensiones asumibles inicialmente por el seguro social eran las reglamentadas en dicha "ley", las que venían figurando a cargo de los patronos en la "legislación anterior"; y por tanto, la pensión de jubilación que se transmutaba en pensión de vejez es la "que ha venido figurando en la legislación anterior…

Corrobora lo anterior la Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de justicia del 9 de septiembre de 1982, que declaró exequibles los artículos 193 y 259 del C.S del T., 72 y 76 de la Ley 90 de 1946; 8, 24, 43 y 48 del Decreto extraordinario 1650 de 1977, en cuanto de ese importante pronunciamiento constitucional se desprende que la composición, extensión, condiciones y limitaciones del régimen de las prestaciones de los seguros sociales obligatorios a cargo del ISS quedó sometido a esas normas y a los respectivos reglamentos.

Por la misma razón expresó la doctrina constitucional de la época, aún vigente, que "por voluntad expresa del propio legislador ordinario se crearon las siguientes situaciones jurídicas: a- de una parte al régimen legal sobre prestaciones sociales se le daba un carácter eminentemente transitorio; y b- por otro lado, las prestaciones sociales indicadas quedaban sometidas a una auténtica condición resolutoria, la cual venía a cumplirse en la oportunidad en la cual el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumiera los riesgos correspondientes" (subraya ahora la Sala).

De suerte que inicialmente el legislador apenas dispuso la subrogación paulatina de prestaciones de origen legal, previstas en el código sustantivo del trabajo, motivo por el cual el Instituto se limitó en sus primeros reglamentos a fijar un régimen técnico de transición en el que no aparece prevista la subrogación de pensiones de distinta naturaleza, como son las de mera liberalidad del empleador, o en general las extralegales".

En desarrollo de tal normatividad legal se expidió el Acuerdo 224 de 1966 del I.S.S., aprobado por el Decreto 3041 de 1966, que en los artículos 60 y 61 reguló la subrogación paulatina por el I.S.S. de la pensión de jubilación contemplada en el artículo 260 del código laboral y previó consecuencias para la pensión sanción, ambas de indiscutible origen legal".

De modo tal, que bajo la vigencia de esas disposiciones el Instituto de Seguros Sociales tan solo podía, por mandato de la ley, asumir gradual y progresivamente las pensiones de creación estrictamente legal, esto es las consagradas en el Código

Sustantivo del Trabajo, tal como lo dispuso también el artículo 259 del mismo estatuto, al señalar que "Las pensiones de jubilación [...] dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el Instituto Colombiano(sic) de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo instituto". (Subrayado fuera del texto).

Por lo tanto, bajo la vigencia de esas disposiciones el Instituto de Seguros Sociales no contaba con reglamentos ni previsiones legales que lo obligaran a hacerse cargo de aquellas pensiones que el empleador estuviera concediendo u otorgara a sus trabajadores por mera liberalidad o fruto de la negociación colectiva, y mucho menos puede afirmarse válidamente que lo que sucede es que las pensiones antaño extralegales devienen legales al cumplirse los requisitos del artículo 260 del código porque ese curioso darwinismo jurídico no tiene contemplación legal, dado que los derechos laborales que nacen y tienen su fuente obligacional como consecuencia de un acuerdo entre particulares, no pueden transformarse simplemente por ese prurito, huérfano de un sustento normativo expreso.

Se advierte que esa situación se modificó parcialmente a partir de la vigencia del Decreto Ley 1650 de 1977 y más específicamente del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por Decreto 2879 del mismo año), que en su artículo 50 dispuso: [...]

La anterior disposición se hizo más explícita en el Decreto 758 de abril 11 de 1990, que aprobó el Acuerdo 049 del 1 de febrero de ese mismo año, cuando al regular en el artículo 18 la compartibilidad de las pensiones extralegales, señaló: "Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación, reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, (fecha en que fue publicado el decreto 2879 de 1985 en el diario oficial No.37192), continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado (subrayas fuera del texto).

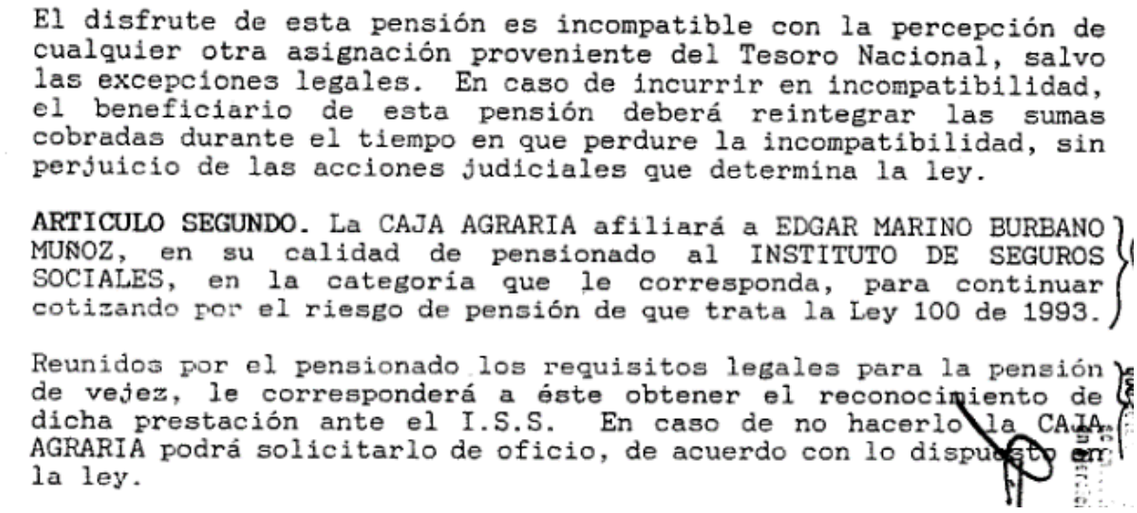
Parágrafo-. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.

Así las cosas, resulta claro que el Instituto de Seguros Sociales tan sólo comparte las pensiones extralegales cuando se causan con posterioridad a la vigencia del Decreto 2879 de 1985, es decir del 17 de octubre de ese año en adelante, si el empleador continúa aportando al Instituto para el seguro de vejez, invalidez y muerte, a menos que sean las mismas partes quienes acuerden que la pensión voluntaria patronal sea concurrente con la de vejez del I.S.S.

En este orden de ideas, los parámetros a tener en cuenta para establecer si media la compartibilidad o la subrogación total, son la fecha de asunción por parte del ISS de la pensión de vejez y el valor de la prestación convencional que a esa data perciba el beneficiario. En caso de que la pensión se cause con posterioridad a la expedición del Acuerdo 049 de 1990, existirá subrogación total o parcial (compartibilidad), según si existe o no diferencia entre el valor reconocido por el empleador, salvo que en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, «se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales», es decir, que, en este último evento, resultan compatibles las dos prestaciones».

Esclarecido lo anterior, en el caso objeto de estudio, se tiene que el reconocimiento pensional de origen convencional, fue a partir del año 1996, por lo que de entrada está sometida a la regla general de la compartibilidad con la que eventualmente reconozca el ISS, hoy COLPENSIONES, quedando en cabeza del empleador el mayor valor si persistiere y, ahora, revisado el acto administrativo que reconoció

la prestación extralegal-convencional del aquí demandante se tiene que no se pactó condición diferente, pues todo lo contrario, allí claramente se indicó lo siguiente:



El disfrute de esta pensión es incompatible con la percepción de cualquier otra asignación proveniente del Tesoro Nacional, salvo las excepciones legales. En caso de incurrir en incompatibilidad, el beneficiario de esta pensión deberá reintegrar las sumas cobradas durante el tiempo en que perdure la incompatibilidad, sin perjuicio de las acciones judiciales que determina la ley.

ARTICULO SEGUNDO. La CAJA AGRARIA afiliará a EDGAR MARINO BURBANO MUÑOZ, en su calidad de pensionado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en la categoría que le corresponda, para continuar cotizando por el riesgo de pensión de que trata la Ley 100 de 1993.

Reunidos por el pensionado los requisitos legales para la pensión de vejez, le corresponderá a éste obtener el reconocimiento de dicha prestación ante el I.S.S. En caso de no hacerlo la CAJA AGRARIA podrá solicitarlo de oficio, de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

Por lo tanto, la vocación legal de la pensión otorgada es la de ser compartida. Incluso de la revisión del artículo 42 de la convención colectiva de trabajo aportada en debida forma al plenario (fls. 35 a 60), no se observa que se haya dispuesto la no compartibilidad de la prestación por jubilación allí dispuesta. De igual modo, se observa en el acto administrativo que reconoció la pensión legal por vejez, que allí queda en evidencia que los tiempos y/o semanas allí consideradas corresponden únicamente a las cotizadas por la Caja Agraria, incluso con posterioridad a la pensión de jubilación reconocida.

Con lo anterior, también se precisa frente a las pensiones que se sustentan en el mismo tiempo, con la compartibilidad, surge la necesidad de efectuar la afiliación y aportes correspondientes al ISS, conforme con sus reglamentos, a efectos de que se logre la subrogación total o parcial de la pensión en cabeza de la empresa. Recuérdese en este punto que los efectos de la figura descrita se concretan de un lado i) en una garantía del trabajador de manera que no vea afectada su pensión primigenia, y ii) de cara al empleador, liberarse así sea de manera parcial de la obligación. (CSJ SL707-2018 y CSJ 671-2021).

Así las cosas, se tiene que en el caso de marras no hay lugar a conceder la prestación de forma que sea compatible con la de jubilación previamente concedida, pese a que en la demanda inicial se solicita la prestación por vejez con un 60% de tasa de reemplazo, lo cual resulta curioso, por decir lo menos, dado que ya goza de la prestación en un 90%, pero de forma compartida.

Conforme a lo expuesto se confirmará la decisión objeto de consulta. 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,

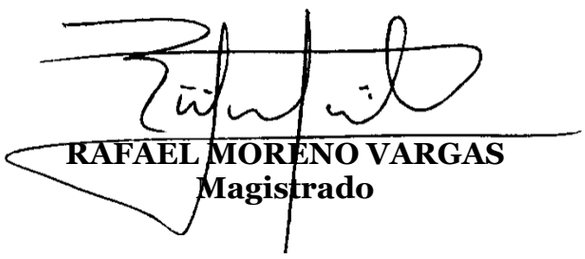
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en las consideraciones de esta decisión.

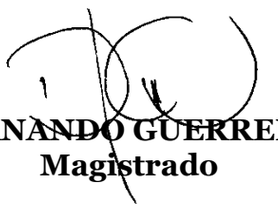
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

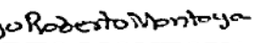
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de LUIS GONZALO CUESTA IGLESIAS contra UGPP. Rad. 110013105-024-2019-00634-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la parte demandante y demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de junio de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la UGPP (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **LUIS GONZALO CUESTA IGLESIAS** promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que, causó el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional por cumplir los requisitos establecidos en la Convención Colectiva De Trabajo (1998-1999) suscrito por el Empleador Caja De Crédito Agrario Industrial y Minero y El Sindicato Nacional de Trabajadores de Caja De Crédito Agrario Industrial y Minero. Se declare que la demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social — UGPP, debe reconocer y pagar la Pensión de Jubilación Convencional, con 14 mesadas, a partir de la fecha de exigibilidad del derecho, es decir, al cumplimiento de la edad de 55 años, el 30 de diciembre de 2007. Se condene a la UGPP reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional vitalicia con 14 mesadas por tratarse de un derecho adquirido antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Se condene a la entidad demandada a pagar las mesadas pensionales -Mesada 14, adeudadas desde la fecha de exigibilidad de la pensión debidamente indexadas, aplicando para el efecto el IPC mensual a cada

mesada pensional adeudada, certificado por el DANE y hasta la fecha del pago. Finalmente se condene a la accionada a pagar las costas del proceso, así como también lo resultante de las facultades ultra y extra petita.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató que nació el 30 de diciembre de 1952. Manifestó que prestó sus servicios para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S.A. —en liquidación, como Trabajador Oficial. Añadió que prestó sus servicios a la Caja Agraria por más de 20 años. Manifestó que por ser beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajadores 1998-1999, vigente a la fecha del despido, el extrabajador solicitó a la entidad le sea reconocida la Pensión de Jubilación Convencional. Expuso que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación le reconoció la Pensión de Jubilación Convencional por medio de la Resolución 5878 de 29 de enero 2008, y por medio de la Resolución 8095 del 08 de mayo de 2008, le reajustó el valor de la mesada pensional, en la suma de $2.933.606,95 a partir del 30 de diciembre de 2007. Precisó que, una vez reconocido el derecho pensional, no le reconoció la mesada adicional. Por lo anterior, requirió a la entidad UGPP mediante escrito del 05 de abril de 2019, para que le fuera reconocida y pagada la correspondiente mesada 14, por ser la entidad la obligada a dicho reconocimiento, siendo contestada de forma negativa por la UGPP (fls. 02 a 12).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, argumentando que, al señor LUIS GONZALO CUESTA IGLESIAS, no le asiste el derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 por ser pensionado en virtud de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 — 1999, entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja Agraria "SINTRACREDITARIO", en razón a lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, lo cual tiene alcance constitucional, precisó que el demandante adquirió el status pensional el 30 de diciembre de 2007, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia del mencionado acto, por lo que se entendería en un principio que no es beneficiario de la mesada adicional de junio, sin embargo, resaltó que dicha normatividad contempla una excepción, la cual preceptúa que «*salvo para aquellas personas que percibieran una mesado igual o inferior a tres veces el salario mínimo legal, y cuyo derecho se causara antes del 31 de julio de 2011*», sin embargo, el status de pensionado lo adquirió el 30 de

diciembre de 2007, pero su mesada pensional inicial reconocida en la Resolución No. 5876 del 29 de enero de 2008 lo fue por un valor de $1.756.277,85 para el año 2007 fecha de status, por lo tanto, concluyó que superó los tres salarios mínimos para dicha data, ya que el salario mínimo oscilaba para el año 2007 en $433.700, lo que multiplicado por tres arroja un valor de $1.301.100, sin tener en cuenta la indexación que con posterioridad se realizó a favor del demandante, a través de la resolución 8095 del 08 de mayo de 2008, que dejó como mesada pensional inicial la suma de $2.933.606.95, valor que evidentemente superó los 3 salarios mínimos de la época. Así las cosas, estimó que no existe un sustento legal o normativo que haga acreedor al demandante de la mesada adicional de junio o mesada catorce, pues recordó que, el derecho pensional se adquiere a la fecha del cumplimiento de los requisitos mínimos, esto es, edad y tiempo, los cuales el demandante acreditó únicamente hasta el año 2007, fecha para la cual se encontraba vigente el Acto Legislativo 01 de 2005, y el accionante no cumple ninguno de los requisitos allí establecidos para ser considerado beneficiario de la mesada catorce, motivo por el cual consideró es improcedente el reconocimiento de tal prestación. Como excepciones de fondo, presentó las de «inexistencia de la obligación por incumplimiento de los requisitos legales para el pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce», «improcedencia de compatibilidad entre la pensión de jubilación convencional y la pensión legal reconocida por Colpensiones», «presunción de legalidad de los actos administrativos y firmeza del acto administrativo», «principio de buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 64 a 68).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 23 de junio de 2021, el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá condenó a la accionada UGPP a reconocer y pagar al demandante LUIS GONZALO CUESTA IGLESIAS la mesada adicional de junio en cuantía igual a la que actualmente viene disfrutando, debidamente indexada a partir del 05 abril de 2016, con los respectivos reajustes legales. Autorizó a la UGPP a descontar los aportes al sistema general seguridad social salud; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción. Condenó en costas a la accionada.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que la mesada alegada fue creada con la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social, a través de la Ley 100 de 1993, precisando que en efecto el actor cumplió la edad de 55 años el 30 de diciembre de 2007, en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Señaló que, para determinar la causación del derecho pensional del actor, debía tenerse en

cuenta exclusivamente el tiempo de servicios prestados a la empresa y el retiro del trabajador, para lo cual, encontró que el accionante prestó sus servicios a favor de la Caja Agraria desde el 11 de febrero de 1976 hasta el 27 de junio de 1999, para un total de 23 años y 134 días, por lo que de allí se exhibió que desde la fecha de su retiro, el 27 de junio de 1999 causó el derecho a la pensión de jubilación convencional en los términos del Acuerdo Colectivo, quedando supeditado su disfrute al cumplimiento de la edad de 55 años. Advirtió que el derecho a la mesada adicional no resulta afectado ni reglamentado con las disposiciones que integran el Acto Legislativo 01 de 2005, pues es abiertamente posterior a la fecha de retiro del actor, por lo que había lugar al reconocimiento y pago de la mesada pensional de junio al actor. Prestación que era de carácter compartida, dado que en ninguno de los apartes del texto convencional se estableció que era voluntad de las partes otorgar el carácter de compatible, incumbiendo al empleador, Caja de Crédito Agrario, reconocer el mayor valor entre una y otra prestación como en efecto acaeció conforme a la Resolución SUB 42442 del 19 de febrero de 2018, por lo que resultaba procedente la condena a la mesada adicional, bajo el entendido que cualquier derecho o beneficio, en efecto, corresponde a un mayor valor que debe ser asumido, máxime cuando la pensión reconocida por la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida lo fue en 13 mesadas al año. Declaró no probadas las excepciones propuestas, salvo la de prescripción de forma parcial, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 05 de abril de 2016, pues como lo indicó, si bien la prestación se hizo exigible a partir del 30 de diciembre de 2007 con el cumplimiento de la edad mínima, la reclamación administrativa se elevó hasta el 05 de abril de 2019, con lo que se interrumpió el termino trienal prescriptivo establecido en los arts. 488 del CST y 151 del CPTSS, estando la demanda presentada el 24 de septiembre de 2019.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial del demandante, presentó recurso de alzada, manifestando estar de acuerdo con la decisión, sin embargo, discrepa respecto de la autorización del descuento de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, pues las mesadas adicionales de junio y diciembre no cotizan para el sistema en cuanto a salud.

A su vez, la apoderada judicial de parte accionada, presentó recurso de alzada para que se revoque en su totalidad la sentencia emitida, manifestando que la edad es un criterio de causación del derecho y no de mera exigibilidad, por lo que en este caso el demandante no es beneficiario de la mesada adicional de junio, pues con el Acto Legislativo 01 de 2005 se dispuso que ninguna persona podría percibir más

de 13 mesadas al año, excepto aquellas que devengaban una mesada inferior a tres salarios mínimos legales vigentes, en ese sentido, argumentó que el accionante adquirió su estatus pensional en el año 2007, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia del mencionado acto, por lo que el mismo no puede ser beneficiario de la mesada 14, más aun teniendo en cuenta que percibe una pensión que supera los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que tampoco se encuentra inmerso en la excepción dispuesta en el Acto Legislativo, en consonancia con lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia. Finalmente solicitó revocar la condena en costas, pues considera que resulta improcedente en la medida que la entidad resolvió la solicitud en los términos de legales y jurisprudenciales vigentes a la fecha de la solicitud y mal podría condenarse en costas cuando el asunto de la mesada 14 ha sido asunto de controversia al interior de juzgados, tribunales y altas cortes, aunado a que no se evidenció actitud temeraria.

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 UGPP alegó en similares términos a los expuestos en la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar si procede el reconocimiento de la mesada adicional de junio (mesada 14) a favor del demandante en virtud del reconocimiento de la pensión de jubilación convencional que le fuera reconocida por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación.

CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre el problema jurídico planteado, se ha de precisar que no es materia de controversia que al señor LUIS GONZALO CUESTA IGLESIAS, a través de la Resolución 05876 del 29 de enero de 2008 le fue reconocida por parte de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación pensión de jubilación convencional a partir del 30 de diciembre de 2007, fecha de cumplimiento de los 55 años de edad, por haber laborado para dicha entidad entre el 11 de febrero de 1976 y el 27 de junio de 1999 un total de 23 años y 134 días. La

prestación se reconoció en la suma de $1.756.277,85 (fl. 21-22), siendo modificada posteriormente, por la Resolución No. 6095 del 08 de mayo de 2008 en la suma de $3.100.529,19 (fls. 23-26).

Ahora bien, con el ánimo de resolver la controversia planteada 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 8º 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).

Dilucidado lo anterior, debemos advertir que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya ha tenido la oportunidad de dar alcance al caso específico de la pensión consagrada en el artículo 41 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y su sindicato nacional de trabajadores, para la vigencia del 1º de enero de 1998 al 31 de diciembre de 1999, señalando que *«la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional»* (sentencias CSJ SL4550 -2018, SL992-2019, SL5030-2019 y SL5313-

2019), de modo pues que una vez cumplidos el requisito de tiempo de servicios y desvinculado el trabajador, se causa el derecho a la pensión de jubilación convencional, puesto que el cumplimiento de la edad es una condición para su exigibilidad, sin que pueda entenderse como un requisito de configuración del derecho.

Así las cosas, tenemos entonces que el actor causó su derecho a partir del 27 de junio de 1999 fecha en que feneció el contrato de trabajo con la entidad, ello se extrae del contenido de la aludida Resolución 05876 del 29 de enero de 2008, acto administrativo en el que indica que, en el caso particular del actor, el disfrute la prestación es a partir del 30 de diciembre de 2007, fecha del cumplimiento de los 55 años de edad.

De acuerdo con lo anterior, advierte la sala que si bien es cierto, el disfrute de la pensión de jubilación se da con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, no es menos cierto que su causación data del año 1999, es decir, 6 años antes de la fecha de emisión de tal enmienda constitucional, circunstancia que sin dubitaciones hace que el actor sea acreedor a la mesada adicional reclamada, y así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras muchas, en la providencia del 09 de octubre de 2019, CSJ SL5030-2019, donde se reiteró:

> *«En ese orden de ideas, se tiene que las previsiones contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente, el límite temporal que consagró para beneficiarse de las prerrogativas de carácter pensional incluidas, entre otros, en convenciones colectivas de trabajo, no afectan la pensión de jubilación deprecada, en el entendido, que se causó desde el 27 de junio de 1999 y, en esa medida, constituye un derecho adquirido no susceptible de ser desconocido por esa reforma constitucional, en el que la edad es sólo un plazo futuro que estaba pendiente de cumplirse, sólo a fines de hacer exigible su pago.*
>
> *Es decir, tal restricción no le aplica al accionante por el hecho de haber cumplido la edad establecida en la convención colectiva de trabajo -55 años- el 27 de noviembre de 2010, esto es, después de la fecha indicada por el parágrafo transitorio 3º del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, es decir, después del 31 de julio de 2010, pues para esa fecha en este caso en particular, ya se había causado una prestación en su favor,* ***sin que ninguna incidencia tenga el nuevo mandato constitucional, que por cierto, salvaguardó los derechos adquiridos*** *y éste, como se vio, lo era».*

En vista de las anteriores consideraciones, para el actor la mesada adicional de junio se mantiene incólume, toda vez que para el 27 de junio de 1999 no se había expedido aún el Acto Legislativo 001 de 2005, quiere decir que al actor no le fue suprimida dicha prebenda, pues la citada reforma constitucional respetó para todos los efectos legales los derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia, de

lo que se colige que la decisión adoptada por el Juez de instancia es acertada y por ello resulta imperiosa su confirmación.

Resuelto lo anterior, es necesario estudiar en sede de consulta, el medio exceptivo denominado prescripción y para ello tenemos que la reclamación administrativa se realizó el 05 de abril de 2019 (fl.13), la cual fue resuelta en forma negativa mediante respuesta del 12 de abril de 2019 (fls. 24-26), fecha ésta en la que se interrumpió el término prescriptivo en los términos del artículo 151 del CPTSS, en concordancia con el artículo 6º ibídem, presentándose la demanda dentro del término trienal contemplado en el artículo 488 del C.S.T., pues fue radicada el 24 de septiembre de 2019 (fl. 60), aspecto que permite dilucidar que la excepción propuesta por la demandada está llamada a prosperar parcialmente, por lo tanto, le asiste derecho al actor al pago de las mesadas adicionales reclamadas a partir del mes de junio de 2016, quedando cobijadas con el fenómeno de la prestación las causadas con anterioridad al mes de abril de dicha anualidad; y por ello, se confirma igualmente lo decidido en primera instancia. El retroactivo, tal como allí se indicó, deberá ser reconocido en forma indexada al momento de su pago.

En lo que a los descuentos en salud se refiere, 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, estos operan de manera automática sobre las mesadas pensionales ya que es un aporte obligatorio que debe realizar el pensionado, por lo que, resulta perfectamente válido su descuento pues el monto de la prestación pensional a recibir se incrementa.

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 la UGPP, 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.

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

DECISIÓN

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

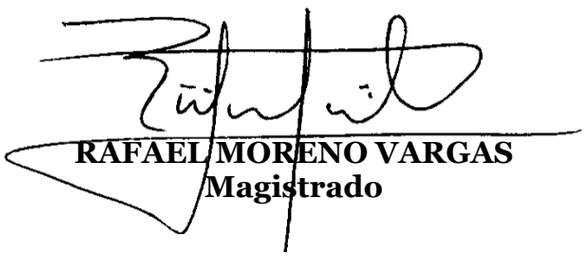
RESUELVE

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

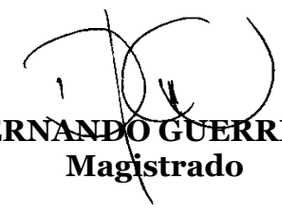
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por OMAR GONZALEZ CHAPARRO contra la AFP SKANDIA S.A. Rad. 110013105-021-2021-00628-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado, 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 el apoderado judicial de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de junio de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **OMAR GONZALEZ CHAPARRO** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare que entre el 31 de agosto y el 31 de diciembre de 1994, su empleador, la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Armenia-Quindío cotizó 17.43 semanas a la AFP OLD MUTUAL, sobre un salario mensual de $603.741. En consecuencia, se condene a la AFP OLD MUTUAL a trasladar a COLPENSIONES las 17.43 semanas que fueron cotizadas allí, junto con el saldo de su cuenta individual y los rendimientos financieros. Finalmente, se condene a la accionada al pago de costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que entre el 31 de agosto y el 31 de diciembre de 1994 efectuó el pago de aportes a pensión por medio de la AFP OD MUTUAL, tal como lo certificó la Jefe de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Armenia-Quindío el día 11 de abril de 2018. Precisó que se trasladó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD, empero la AFP OLD MUTUAL nunca trasladó las 17.43 semanas cotizadas allí durante el periodo de su afiliación. Señaló que elevó petición ante la AFP OLD MUTUAL solicitando la

expedición del certificado del traslado de aportes de su cuenta de ahorro individual y el certificado de movimiento de cuenta detallada mes a mes, sin embargo, el fondo contestó argumentando que nunca se había afiliado allí y menos aún, se habían realizado aportes a su favor. Agregó que requiere las semanas cotizadas al fondo privado para alcanzar la densidad de semanas que exige la ley para adquirir el derecho pensional (Fls. 1 a 8).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada **AFP SKANDIA S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que el demandante nunca estuvo afiliado al fondo, ni realizó el pago de aportes allí. Resaltó que al revisar los archivos, constató que el empleador del demandante identificado con el NIT 800.165.939-0, sólo comenzó la afiliación y pago de aportes de sus trabajadores desde el 2008, por lo que es imposible afirmar que antes de esa data se efectuaron aportes. Aseveró que el demandante no acreditó en debida forma su afiliación al fondo, por cuanto debió allegar la prueba conducente para ello, es decir, el certificado del Sistema de Certificación Electrónica de Tiempos Laborales-CETIL o del antiguo CLEPB, aclarando que aquello no se acredita con un certificado del empleador y menos aún con una planilla en la que no aparece el fondo de pensiones. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «inexistencia de la obligación de pagar semanas de cotización a Colpensiones» y «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» (CD Fl. 48).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 29 de junio de 2021 declaró probadas las excepciones de «inexistencia de la obligación de pagar semanas de cotización a Colpensiones» y «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», por tanto, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que entre el 31 de agosto al 31 de diciembre de 1994, el demandante estaba vinculado a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Armenia-Quindío y se encontraba afiliado al RAIS, tal como lo demostró el certificado expedido por el Jefe de Talento Humano, lo cual fue corroborado con el certificado de CETIL, mientras que se trasladó al RPMPD desde el 01 de julio de 2009, tal como lo certificó COLPENSIONES. Manifestó que de acuerdo al artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y al Decreto 692 de 1994, cuando se produce un traslado de régimen pensional desde el RAIS al RPMPD, el fondo privado tiene el deber

de trasladar todos los aportes, rendimientos, bonos pensionales y demás sumas del afiliado al fondo correspondiente. Encontró que según el correo electrónico del 03 de junio de 2021 enviado por el auxiliar administrativo de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Armenia-Quindío, las cotizaciones del actor dentro del lapso del 31 de agosto al 31 de diciembre de 1994 se realizaron a través de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN, allegando las planillas de cotizaciones de aquel, así como la certificación de tiempos laborados según CETIL y la copia de tres (3) planillas de auto liquidación de aportes correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 1994. En ese orden, concluyó que la parte actora no probó que el demandante haya estado vinculado a la AFP SKANDIA y menos aún que los aportes reclamados se hayan efectuado a tal fondo, precisando que los documentos conducentes para determinar tal hecho fueron los aportados por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Armenia-Quindío, no la certificación que fue expedida por la Jefe de Talento Humano de aquella en la que afirmó que los aportes se habían efectuado a SKANDIA.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte actora, apeló la decisión, argumentando que se probó que entre el 31 de agosto y el 31 de diciembre de 1994, el demandante laboró en la Rama Judicial y estuvo vinculado al RAIS, siendo que su traslado al RPMPD se efectuó solo hasta el 01 de julio de 2009, a través de COLPENSIONES. Aseguró que afirmar que el demandante no estuvo afiliado a SKANDIA contradice el acervo probatorio, máxime cuando la Jefe de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Armenia-Quindío certificó que durante ese periodo, el actor realizó su cotización al sistema de seguridad social en pensiones, por medio de SKANDIA S.A. Resaltó que de conformidad con el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, una vez demostrado que el afiliado se trasladó de régimen, como en el sub lite, le corresponde el fondo privado trasladar todas las cotizaciones, rendimientos e intereses que se hayan causado durante la afiliación, de tal suerte que al ser SKANDIA el fondo privado al que se afilió el demandante, es quien debe cumplir con la obligación de trasladar tales emolumentos.

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, todos los 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 corresponde a SKANDIA S.A. trasladar a COLPENSIONES los aportes cotizados por el demandante al sistema general de pensiones entre el 31 de agosto y el 31 de diciembre de 1994.

CONSIDERACIONES

No es materia de controversia que durante el periodo reclamado por la parte actora, es decir, entre el 31 de agosto y el 31 de diciembre de 1994, el señor OMAR GONZALEZ CHAPARRO se encontraba vinculado a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Armenia-Quindío, tal como se acreditó con la certificación expedida por el área de talento humano obrante a folio 15 del plenario adiada el 11 de abril de 2018, así como con la Certificación Electrónica de Tiempos Laborados-CETIL (fls. 72 y 73).

En primera medida, es menester precisar que la Ley 100 de 1993 introdujo el régimen dual de pensiones, regulando sendos regímenes pensionales, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, dejando a la libre elección del afiliado la escogencia del régimen que más se adecue a sus necesidades.

Ahora bien, a fin de resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, cuando se produce un traslado de régimen pensional, se originan diferentes efectos, dependiendo del régimen desde el cual de efectúe el traslado, así:

> ***«Artículo 113.*** *Traslado de régimen**.** Cuando los afiliados al Sistema en desarrollo de la presente Ley se trasladen de un régimen a otro se aplicarán las siguientes reglas:*
>
> *a) Si el traslado se produce del Régimen de Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales en los términos previstos por los artículos siguientes;*
>
> *b) Si el traslado se produce del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prestación Definida, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, que se acreditará en términos de semanas cotizadas, de acuerdo con el salario base de cotización».*

Asimismo, el artículo 7 del Decreto 3995 de 2018 dispuso la forma en la que se deben trasladar los recursos cuando se produce un cambio de régimen pensional, en los siguientes términos:

> ***«Artículo 7º.*** *Traslado de recursos. El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este decreto, así como de la historia laboral*

en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Tratándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, RPM, la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos.

Parágrafo. *Con ocasión de la definición de la múltiple vinculación de sus afiliados y la determinación de las sumas a trasladar, las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones quedan facultadas para compensar, total o parcialmente, los saldos respectivos.*

Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de precisar otros aspectos referentes a la materia».

De este modo, se advierte que, pese a no haberse aportado la historia laboral del demandante, se puede deducir que durante el periodo reclamado, esto es, entre el 31 de agosto al 31 de diciembre de 1994, el actor se encontraba afiliado al RAIS, de acuerdo con el CETIL (fls. 72 y 73), aunado a que la certificación de COLPENSIONES (fl. 78), da cuenta de que el señor GONZALEZ se afilió a dicha AFP solo hasta el 01 de julio de 2009.

Por lo anterior, se tiene que el fondo privado al que estuvo afiliado el demandante durante el 31 de agosto y el 31 de diciembre de 1994 debió trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual de aquel, incluyendo los rendimientos, teniendo en cuenta para ello, las semanas cotizadas de acuerdo con el salario base de cotización. No obstante, la controversia se circunscribe a determinar cuál es el fondo privado que recibió la afiliación y los aportes del demandante durante el periodo mencionado, pues la parte actora asegura que de acuerdo con el certificado del área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Armenia-Quindío, expedido el 11 de abril de 2018 (fl. 15), la AFP SKANDIA fue la encargada de administrar los aportes del accionante durante ese lapso de tiempo.

Ahora, en respuesta al requerimiento realizado por la A quo, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Armenia-Quindío, mediante correo electrónico del 11 de junio de 2021, informó que las cotizaciones al sistema general de pensiones del demandante correspondientes al periodo reclamado fueron consignadas a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., y como fundamento de ello, allegó al plenario el

CETIL (fls. 72 y 73) y los formularios de autoliquidación de aportes al Sistema General de Pensiones correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 1994 (fls. 74 al 76). En el CETIL se evidencia que, en los periodos certificados, esto es del 31 de agosto de 1994 al 31 de diciembre del mismo año, se anotó en la casilla de observaciones generales que «Los aportes en pensión se realizaron al fondo privado COLMENA». Asimismo, en los formularios de autoliquidación de aportes al Sistema General de Pensiones se observa que los aportes de seguridad social en pensiones del demandante se pagaron a COLMENA S.A.

Así las cosas, debe precisarse que si bien es cierto los sujetos procesales cuentan con libertad probatoria, se deben atender los principios de pertinencia, conducencia e idoneidad de la prueba de conformidad con los postulados del CPTSS, así como los previstos en el CGP. En tratándose de dichos principios, se tiene que son pertinentes aquellas pruebas que acreditan hechos relacionados con el objeto del litigio, mientras que son conducentes los medios probatorios que resulten idóneos para probar los hechos fundamento de las pretensiones y son útiles aquellas que sirven para probar lo atinente al litigio.

Por lo anterior, es claro para esta Sala que para determinar el fondo pensional al que estuvo afiliado el demandante, no existe una prueba solemne ni legalmente establecida, empero, debe ser valorada de conformidad con la pertinencia, conducencia y utilidad. Además, asiste a los jueces de instancia, la facultad de valorar libremente los medios de convicción, tal como lo dispone el artículo 61 del C.P.T y la S.S.

En ese orden, se encuentra que los formularios de autoliquidación de aportes al Sistema General de Pensiones y el CETIL, ante el hecho no haberse acompañado verbigracia el formulario de afiliación, resultan conducentes para acreditar la AFP a la cual estuvo afiliado el actor entre el 31 de agosto y el 31 de diciembre de 1994, pues de un lado, los formularios dan cuenta de que los aportes fueron consignados a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. y, de otro lado, lo registrado en el CETIL obedece a la información consolidada de la historia laboral de los afiliados, la cual se obtiene a través de una alianza entre el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social. A efectos de zanjar cualquier duda, el certificado del área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Armenia-Quindío, expedido el 11 de abril de 2018 (fl. 15), no resulta conducente para acreditar la AFP en la que estuvo afiliado el actor, pues se trata de un documento expedido por el empleador, sin ningún tipo de respaldo como los formularios de afiliación o de autoliquidación de aportes.

En consecuencia, es claro que la AFP SKANDIA no fue la encargada de administrar los aportes del demandante entre el 31 de agosto de 1994 y el 31 de diciembre de la misma calenda, pues se reitera, aquellos emolumentos fueron consignados directamente a la AFP COLMENA, de tal suerte que el fondo demandado carece de legitimación en la causa por pasiva para trasladar los aportes reclamados por el demandante.

En ese sentido, queda resuelta la apelación, por lo 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.

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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por RICARDO GERMAN QUINTERO GAMBOA contra COLPENSIONES Y PROTECCION S.A. Rad. 110013105-014-2019-00653-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, 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 la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de agosto de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **RICARDO GERMAN QUINTERO GAMBOA** promovió demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare la nulidad de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, efectuada a por medio de la A.F.P. PROTECCIÓN, por cuanto existió un error en su consentimiento. En consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar los aportes y rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES —COLPENSIONES. Finalmente, se condene a las demandadas al pago de lo ultra y extra petita, junto con las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 08 de diciembre de 1959 y cotizó en el RPMPD, a través del Instituto de Seguros Sociales-ISS, hoy COLPENSIOENS desde septiembre de 1989 hasta el 10 de

agosto de 1998, fecha en la que se afilió al RAIS, mediante la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., sin embargo, el fondo privado omitió brindarle una asesoría individualizada y personalizada, guardando silencio sobre los requisitos para adquirir el derecho pensional en el RAIS, así como la modificación de su situación pensional y su expectativa real de pensión. Aseveró que la falta de asesoría y de información causó que no pudiera decidir de manera libre e informada sobre su traslado de régimen pensional, pues no conoció las consecuencias de tal determinación. Expresó que según la proyección pensional realizada por PROTECCIÓN S.A. su mesada en el RAIS equivaldría a $901.450, siendo que aquella en el RPMPD sería mucho más alta. Recalcó que la omisión en la información originó un vicio del consentimiento, dado que la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN no le informó sobre las desventajas y consecuencias del traslado de régimen. Añadió que elevó peticiones ante COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN, solicitando la nulidad del traslado de régimen, sin embargo, ambas entidades negaron su pedimento (Exp. Digital: 001. PO Ricardo G. Quintero G. vs Colpensiones, Págs. 46 a 87).

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, manifestando que el demandante de manera libre y espontánea suscribió el formulario de afiliación a la AFP DAVIVIR, documento en el que no obra alguna situación anómala o constreñimiento, contrario sensu, los asesores brindaron la suficiente información al accionante sobre las diferencias entre ambos regímenes. Adujo que no se acreditó la existencia de vicio en el consentimiento alguno, verbigracia, error, fuerza o dolo, por lo que la afiliación del demandante goza de plena validez. Añadió que el 16 de agosto de 2005, el demandante solicitó la vinculación al Fondo de Pensiones Voluntarias seleccionando un plan de multi inversión, por lo que realizó un aporte de $10.000.000, siendo ello un acto que demuestra la voluntad de permanencia en el RAIS. Como excepciones de fondo propuso las de «declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP», «buena fe por parte de la demandada», «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 cusa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «prescripción» y «excepción genérica» (Exp. Digital: 001. PO Ricardo G. Quintero G. vs Colpensiones, Págs. 110 a 122).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, toda vez que el traslado fue efectuado con apego a la normatividad vigente. Indicó que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado estipulada en la Ley 797 de 2003. Señaló que el demandante de manera libre, consciente y voluntaria el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN. Como excepciones de fondo propuso 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», «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» (Exp. Digital: 001. PO Ricardo G. Quintero G. vs Colpensiones, Págs. 189 a 204).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 19 de agosto de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante del RPMPD al RAIS, a través de la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., por lo que ordenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de valores que haya recibido con motivo de la afiliación del demandante, incluyendo cotizaciones, bonos, intereses, rendimientos, gastos de administración, comisiones y primas de seguros, los cuales deberán ser indexados. Igualmente, ordenó a PROTECCIÓN realizar todos trámites administrativos pertinentes para normalizar la afiliación del accionante en el SIAFP y entregar el detalle de aportes realizados a COLPENSIONES, quien deberá reactivar la afiliación del demandante al RPMPD y corregir la historia laboral de aquel. Finalmente, condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que las AFP tienen deberes respecto de la información que deben brindar a los afiliados, pues aquella debe ser idónea para que exista una libertad informada a la hora de efectuar el traslado, pues de no ser así, se originan sanciones como la establecida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Manifestó que en tratándose de una decisión que afecta la situación pensional de los afiliados, es menester que este precedida de una información clara, comprensible y suficiente, donde se señalen las

ventajas y desventajas. Explicó que, pese a que para el momento del traslado del demandante no existían algunas normas de protección al consumidor financiero, lo cierto es que para esa data existían los principios de buena fe y confianza legítima, aunado a que se encontraban vigentes otras normas como la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1996. Señaló que la AFP PROTECCIÓN no acreditó el cumplimiento del deber de información en los términos señalados por la jurisprudencia, aclarando que el diligenciamiento del formulario de afiliación no prueba si se brindó la asesoría al demandante y menos aún, cual fue la calidad de la información suministrada. Adujo que pese a que, PROTECCIÓN S.A. allegó un documento denominado "verificación de historia laboral del afiliado" en la cual se hace una solicitud de corrección en la historia laboral para incluir unos tiempos cotizados a CAJANAL, lo cierto es que tal documento no permite verificar que al demandante se le brindó una asesoría completa, incluyendo los requisitos de adquirir el derecho pensional en uno y otro régimen, entre otros aspectos. En ese orden, consideró procedente declarar la ineficacia del traslado en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, precisando que el tiempo que el demandante permaneció en el RAIS no convalida su consentimiento, pues no mengua la omisión del deber de brindar una información oportuna, suficiente y comprensible. Explicó que no es posible aplicar el fenómeno prescriptivo, teniendo en cuenta que está inmerso el derecho fundamental a la seguridad social, el cual es irrenunciable e imprescriptible.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de la **AFP PROTECCIÓN S.A.** presentó recurso de apelación parcial contra la orden de reintegrar los gastos de administración y primas de seguros, argumentando que al trasladar los rendimientos financieros no es dable reintegrar lo gastos de administración, por cuanto se utilizaron para pagar la remuneración de los agentes de la bolsa de valores que se encargan de generar los rendimientos. Manifestó que los seguros previsionales fueron pagados con el fin de que el actor estuviera cubierto en caso de que ocurriera alguna contingencia. Aseveró que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 autorizó a todas las Administradoras de Fondos de Pensiones-AFP a descontar los gastos de administración, dado que se trata de unos emolumentos que buscan sufragar los costos que surgen al administrar los recursos de los afiliados. Aseguró que se vulneró el principio de igualdad entre las partes, toda vez que la A quo ordenó el traslado de los rendimientos financieros y de los gastos de administración, generando un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante, pues sin la labor de administración no se habrían generado tales rendimientos. Por ende,

solicitó, revocar la orden de devolver los gastos de administración y primas de seguros debidamente indexados, resaltando que la AFP siempre cumplió con la normatividad vigente.

A su vez, el apoderado judicial de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, arguyendo que la A quo invirtió la carga de la prueba y encontró que la AFP PROTECCIÓN no brindó una información transparente, completa y comprensible, empero, tal decisión desconoció la jurisprudencia que se ha proferido respecto de la carga de la prueba. Aseveró que la A quo no tuvo en cuenta las circunstancias específicas, obviando los motivos por los cuales el demandante se trasladó de régimen pensional. Advirtió que la decisión atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema, puesto que ordena a COLPENSIONES tener como afiliado a una persona que no cotiza en el RPMPD desde hace más de 20 años. Finalmente, solicitó que se revoque la totalidad de la decisión.

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 PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora solicitó 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 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].

En la página 6 del archivo digital denominado «001. PO Ricardo G. Quintero G. vs Colpensiones» obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 08 de diciembre de 1959, por lo que cumplirá 62 años el mismo día y mes del 2021, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES y PROTECCIÓN, el 19 de marzo de 2019 (Exp. Digital: 001. PO Ricardo G. Quintero G. vs Colpensiones, Págs. 8 a 13) y 04 de marzo de 2019, respectivamente (Exp. Digital: 001. PO Ricardo G. Quintero G. vs Colpensiones, Págs. 14 a 19), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 94.43 semanas

[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".

cotizadas al ISS (Exp. Digital: 001. PO Ricardo G. Quintero G. vs Colpensiones, Págs. 20 a 24 y 183 a 188), 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, 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 10 de julio de 1998, según información registrada el formulario de afiliación a DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A. (Exp. Digital: 001. PO Ricardo G. Quintero G. vs Colpensiones, Págs. 7 y 123).

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. antes DAVIVIR.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (10 de julio de 1998, Exp. Digital: 001. PO Ricardo G. Quintero G. vs Colpensiones, Págs. 7 y 123), lo del formulario de afiliación, 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, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN, antes DAVIVIR, omitió en el momento del traslado de régimen (10 de julio de 1998, (Exp. Digital: 001. PO Ricardo G. Quintero G. vs Colpensiones, Págs. 7 y 123), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se

está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquel cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

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,

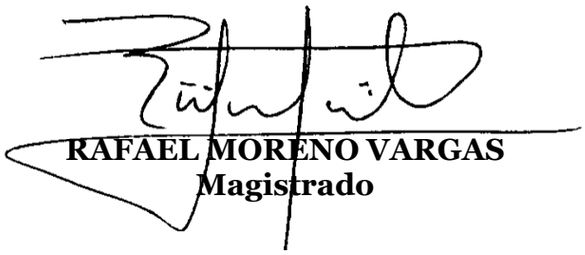
RESUELVE

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

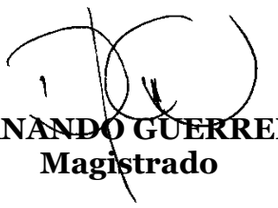
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

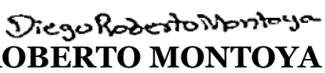
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ ZABARAIN contra COLPENSIONES y OTROS. Rad 110013105-021-2020-00175-01

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la parte accionada COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de julio de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ ZABARAIN** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad del traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD al Régimen de ahorro individual con solidaridad —RAIS por haberse configurado el error de hecho en los términos del artículo 1510 del Código Civil como vicio del consentimiento por el no suministro de información veraz y suficiente relacionada con el cambio de régimen. Ordenar el correspondiente traslado del RAIS al RPMPD administrado por COLPENSIONES, ordenar a la ADMINISTRADORA FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS -PROTECCIÓN S.A. la devolución de todas las sumas de dinero que se encuentre en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, aportes

voluntarios, con todos sus frutos e intereses a COLPENSIONES de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó la demandante que nació el 28 de marzo de 1967. Anotó que se afilió a COLPENSIONES el 18 de marzo de 1988. Informó que se trasladó al RAIS el 01 de junio de 1999. Manifestó que en el formato de la AFP PORVENIR, se estableció el traslado al Fondo de Cesantías y el Traslado del Fondo de pensiones en un mismo formato. Añadió que, en el formato de la AFP, no existía de manera expresa un instructivo para el nuevo afiliado. Mencionó que, en dicho formato no se indica de manera clara y precisa que consecuencias traería para la demandante el traslado al RAIS. Agregó que, cuando el demandante se trasladó a AFP PORVENIR el asesor no le explicó las consecuencias de su traslado, ni recibió información clara por parte de PORVENIR cuando se trasladó a dicha AFP. Detalló que no suscribió un consentimiento informado. Precisó que, al 25 de enero de 2020, tiene más de 1228 semanas cotizadas en el RAIS, más 289.43 en el RPMPD, además indicó que, cuenta con $239.736.727 pesos de capital ahorrado a 25 de enero de 2020. Finalmente adujo que, solicitó la nulidad del traslado a la AFP PORVENIR y a COLPENSIONES. (Exp. Digital. 01DemandayAnexos. Págs. 04 a 34).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

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 demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad para el momento del traslado de régimen pensional. Aclaró que, la entidad cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional, contenido en el numeral 01 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Recordó que, si lo que arguye la parte actora es la existencia de un vicio del consentimiento, le competía acreditar los supuestos en los que se funda, por lo que, de acuerdo con los documentos aportados por la demandante, no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo, no obstante, indicó que la accionante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea completamente informada pues recibió asesoría de manera verbal por parte de la entidad con la información suficiente y necesaria para el traslado de régimen pensional. Por último, manifestó que, si lo solicitado es la ineficacia, se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues solo se debe reconocer el pedimento cuando medie un atentado contra la voluntad de elección de régimen pensional del afiliado, situación

que no se encontró acreditada. Presentó 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» (Exp. Digital. 08ContestacionDemandaPorvenir. Pág. 03 a 24).

A su vez, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error. fuerza o dolo). Asimismo, no evidenció dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la accionante, contrario a ello, aseguró que, observó que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas,, recalcó que, no se cumple con los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 02 de la ley 797 de 2003. Presentó como excepciones de fondo las de «errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil», «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «Prescripción de la acción laboral», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e «innominada o genérica» (Exp. Digital. 09ContestacioDemandaColpensiones. Págs.03 a 40).

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 de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS el 24 de abril de 1999, con fecha de efectividad a partir del 01 de junio de 1999 por intermedio de PORVENIR S.A., en consecuencia, declaró valida la afiliación al RPMPD, administrado por COLPENSIONES. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, aportes pensionales, bonos pensionales, cotizaciones, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción

alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual. Condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la accionante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral. Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas y condenó en costas a cargo de PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, las afiliaciones libres y voluntarias deben tener conocimiento previo de las consecuencias que conllevan dichos traslados; indicó que, las AFPS deben ser claras al momento de dar la información sobre el cambio de régimen y que dicha información que le brinden a los afiliados o futuros afiliados deber ser clara, completa y comprensible, en el mismo sentido, que los actos jurídicos de cambios de regímenes, deben estar precedidos de las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales como los riesgos y consecuencias de los traslados y además explicó que, estos traslados deben hacerse de forma libre y sin presión alguna. Explicó que las AFP tienen la obligación de brindar un buen consejo sin perjudicar al afiliado al momento de escoger el régimen pensional al cual desea trasladarse y que la información que cada una de ellas brinde tiene que ser completa, comprensible, veraz y suficiente y debe además de ello brindar toda la información que resulte relevante para tomar las decisiones, manifestó que la información debe darse en los términos indicados de forma objetiva y transparente a los usuarios, pues solo de esa forma se da un juicio claro y objetivo de las mejores opciones de regímenes pensionales; mencionó que se advirtió que la omisión del deber de información no solo se produjo en lo que se afirmó sino también al momento de guardar silencio lo que produjo que la decisión de traslado se tomara sin el pleno conocimiento ni lo que ello implicó. Añadió que ante una negación indefinida como es el hecho de no haber recibido la información indicada, se traslada a las AFP, deber que consideró en el caso concreto no se podía acreditar con las pruebas aportadas al proceso, sin que el formulario de afiliación sea suficiente para tal efecto, pues conforme a la jurisprudencia de la corte éste acredita un consentimiento, pero no informado. De tal modo que había lugar a declarar la ineficacia del traslado inicial, sin que sea necesario que la actora sea beneficiaria del régimen de transición.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la **AFP PORVENIR** apeló la decisión, precisando que, se aparta de la interpretación del art. 13 de la Ley 100 de 1993, pues esta regula expresamente la afiliación libre y voluntaria, sin coacción por personas jurídicas o

naturales, pero no crea obligación a las AFP respecto del deber de información y tampoco lo hacen sus decretos reglamentarios, por lo que no es dable acceder a la ineficacia del traslado régimen pensional, además, con base en el art. 271 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663, cuya norma regula entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria. Informó que en el Decreto 656 de 1994 en sus arts. 14 y 15 no se mencionó de manera alguna la obligación de entregar información a los afiliados, por lo tanto, no es viable crear obligaciones a cargo de la entidad, que legalmente no existían para el 24 de abril de 1999, fecha en la cual la demandante suscribió el formulario de afiliación. Asimismo, aseguró que dicho formulario cumple con presupuestos legales establecidos, estimó que dentro del escrito demanda hay afirmaciones que no cumplen con el carácter de negaciones indefinidas, por lo que solicitó analizar las mismas, pues no estaría invertida la carga de la prueba y en ese sentido. Recalcó que, del interrogatorio estableció la verdadera motivación del régimen pensional de la demandante, pues manifestó que, de retornar al RPMPD porque obtendría una mesada superior a la del RAIS, por lo que, consideró que el hecho de que su motivación sea netamente económica, no da lugar a la ineficacia del traslado, y debe estarse de acuerdo con lo establecido con la Sentencia C-086 del 2012, el cual señala que el Sistema General de Pensiones no garantiza una contraprestación directa. Resaltó que, en caso de confirmar la ineficacia del trasladó, solicitó revocar las condenas que fueron impuestas para la devolución de gastos de administración y normas previsionales de invalidez y sobrevivencia, añadió que incluso en el RPMPD, una parte de los aportes también se hubiese destinado para gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, pues la entidad actúa conforme a la ley por lo que hace este tipo de descuento, añadió que debe tenerse en cuenta que la demandante tuvo la cobertura de los riesgos por parte de las aseguradoras, y dichas sumas ya fueron trasladadas a las respectivas aseguradoras. Explicó que, de la contestación de la demanda, se puede evidenciar qué los rendimientos son mayores al 100% de sus aportes y resulta contradictorio hablar de la ineficacia del acto de traslado, no obstante, la aplicación de los efectos no sé da de manera integral sino parcial, pues la demandante debería trasladarse con sus aportes más no con los rendimientos que se causaron con posterioridad. Finalmente mencionó que, debe tenerse en cuenta la figura de la prescripción específicamente de los gastos de administración, sumas para seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia.

A su turno, el apoderado judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión, argumentando que, teniendo en cuenta el artículo 167 del Código General del Proceso, y lo dispuesto por la jurisprudencia, respecto de la carga de la prueba, ha sido incipiente el Tribunal Superior en aplicarlo, manifestando que los vicios de

error fuerza y dolo debe ser demostrados por las partes que las alegan y no puede trasladarse la carga a las entidades, pues las partes tienen la obligación de probar los supuestos fácticos en que fundan sus alegaciones según el extremo que ocupan, reiteró que, frente a los argumentos expuestos en audiencia, las consecuencias de traslado de régimen las definió la Ley 100, y por ello, cualquier duda interpretativa constituiría un error de derecho, según el artículo 1509 del Código Civil y no podrían aplicarse al caso en concreto, y menos aún para este tipo de casos, en dónde se realizaron traslados sucesivos, así entonces, expresó que le compete a la demandante demostrar los vicios del consentimiento, no bastando su simple afirmación, pues agregó que, resulta desproporcionado trasladar la carga de la prueba a las AFP, afectando la sostenibilidad del régimen pensional e imposibilitándose probar un hecho de hace más de 20 años, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma. En ese sentido, al condenar en costas y agencias en derecho se crearía un detrimento patrimonial del fondo.

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. La demandante guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación 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].

En la página 18 del archivo digital «01DemandayAnexos» obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como su fecha de nacimiento el 28 de marzo de 1967, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR (Exp. Digital. Pág. 34-41 01DemandayAnexos) COLPENSIONES (Exp. Digital. Pág. 27-33 01DemandayAnexos, pág. 42) el 07 de junio de 2019, 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 157.28 semanas de cotización (Exp. Digital. 09ContestacioDemandaColpensiones), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del

[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".

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 abril de 1.999 (Exp. Digital. 01DemandayAnexos, Pág. 42), 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 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. 42), 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 abril de 1999, (Exp. Digital. 01DemandayAnexos. Pág. 42), 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).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante 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, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas las AFP demandadas, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas.

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,

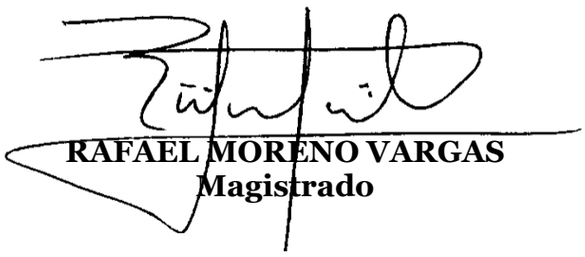
RESUELVE

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

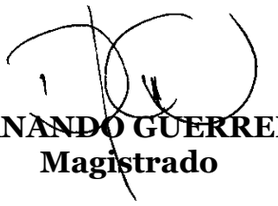
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de JOSE ALEXANDER AVELLA RUIZ contra AFP PROTECCIÓN S.A. Y OTRO. Rad. 110013105-017-2018-00472-02.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado, 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 actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el dos (2) de agosto de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **JOSE ALEXANDER AVELLA RUIZ** promovió demanda ordinaria laboral en contra de la AFP Protección S.A. y Suramericana Seguros de Vida S.A., con la finalidad de que se declare que la fecha de estructuración de su invalidez es el 30 de mayo de 2012. En consecuencia, se le reconozca la pensión de invalidez desde el mes de junio de 2012, junto con los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993. Finalmente, se condene a las accionadas a lo ultra y extra Petita, más las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que nació el 12 de abril de 1978 y padece de diversas patologías, por lo que, el día 24 de mayo de 2017, Suramericana Compañía de Seguros de Vida lo calificó con pérdida de capacidad laboral del 51.4% de origen común con fecha de estructuración del 29 de junio de 2007. Manifestó que el día 31 de octubre de 2017 radicó ante PROTECCIÓN S.A. solicitud de pensión de invalidez, sin embargo, el 17 de enero de 2018, la entidad reconoció la devolución de saldos por no cumplir los requisitos de pensión. Señaló que pese a sus patologías,

haciendo uso de su capacidad laboral residual, laboró hasta junio de 2012, dado que desde el año 2008 a 2011 los signos de la enfermedad se mantuvieron estables por lo cual no registró historia clínica en ese periodo, sin embargo, en el año 2012 los síntomas se agravaron, generando problemas de comunicación, de memoria, funciones ejecutivas y cambios conductuales. Por último, refirió que en la historia laboral de Protección S.A. no se evidencian la totalidad de cotizaciones en los tres (3) años previos a la fecha de estructuración de los empleadores Post y Marketing y Sistemas Productivos, y sin que se evidencien acciones de cobro a los empleadores omisos o en mora (fls.3 a 12).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La accionada **SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.** contestó la demanda, con oposición a todas las pretensiones, argumentando que el actor no cumplió con el requisito legal de haber cotizado cincuenta (50) semanas en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de causa petendi o no cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de la pensión de invalidez»; «validez y ejecutoria del dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional No 169605 del 5 de junio de 2017»; «cobro de lo no debido»; «buena fe» «prescripción»; «pago y compensación»; «innominada o genérica» (fls.130 a 140).

A su turno, **PROTECCIÓN S.A.** a través de apoderada judicial, contestó la demanda con oposición a las pretensiones invocadas, argumentando que no es dable solicitar que se modifique la fecha de estructuración de un dictamen de pérdida de capacidad laboral que, valga aclarar, no ha sido demandado por lo que el mismo goza de plena validez, dado que el actor no recurrió el dictamen proferido por la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., razón por la cual la fecha de estructuración de la invalidez resulta inmodificable. Respecto de la pensión de invalidez pretendida, indica que el actor no cumple con las condiciones para su reconocimiento según la Ley 860 de 2003. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción»; «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación»; «buena fe»; «compensación» e «improcedencia del pago de intereses moratorios» (fls.199 a 212).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 02 de agosto de 2021, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción de «inexistencia del derecho y

de la obligación» y absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Igualmente, condenó en costas a la parte actora.

Para arribar a esta decisión, señaló en síntesis, que teniendo en cuenta la fecha de estructuración de la invalidez del demandante, las normas aplicables son la Ley 797 de 2003 y la Ley 860 de 2003, por lo que se exige una pérdida de capacidad laboral mayor al 50%, junto con cincuenta (50) semanas cotizadas al sistema general de seguridad social en pensiones. En ese orden, precisó que la accionada Seguros de Vida Suramericana S.A., notificó el dictamen pericial al actor, el día 07 de julio de 2017, el cual estableció una pérdida de capacidad laboral del 51.42% de origen común y con una fecha de estructuración del 29 de junio de 2007, sin embargo, dentro de los tres años anteriores a esa data, sólo habían 42.9 semanas cotizadas, para las cuales se tuvieron en cuenta las semanas que se reflejan en la certificación de la EPS Cruz Blanca. Por lo anterior, concluyó que el accionante no cumple con el mínimo de semanas cotizadas para adquirir el derecho. Aseveró que no es dable tener como fecha de estructuración de la invalidez el día 30 de mayo de 2012, en tanto, la parte actora no impugnó el dictamen de pérdida de capacidad laboral, ni presentó uno diferente, a fin de establecer que la fecha de estructuración es una distinta, no siendo posible cambiar tal fecha sin una prueba técnica.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la parte actora, presentó recurso de apelación en contra de la totalidad de la decisión, argumentando que no pretende el cambio de la fecha de estructuración de la invalidez, sino que se establezca la capacidad laboral residual del demandante, en aplicación a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual ha manifestado que pese a la fecha médica de la estructuración, lo cierto es que el trabajador puede hacer uso de la capacidad laboral residual para continuar laborando y por ende, cotizando al sistema general de pensiones. Aseveró que el demandante continuó efectuando aportes pensionales después de julio de 2007, pues siguió trabajando y cotizando, tal como se dedujo de los testimonios de la madre y hermano de aquel, así como del señor Luciano Javier Avella, quien conoció que el actor laboró después de su primer episodio de hidrocefalia en el 2007. Reiteró que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que cuando la invalidez ocurre de manera instantánea se debe tener como fecha de estructuración el momento del accidente o la enfermedad, pero en tratándose de una enfermedad degenerativa, la fecha de estructuración debe ser aquella en la que se concreta el carácter permanente y definitivo que impide a la persona desarrollar cualquier actividad laboral. Manifestó que según la jurisprudencia debe ser tenida en cuenta la última fecha de cotización, en virtud de la capacidad laboral residual, es decir, el

año 2012, momento en el que el accionante reunía 22.71 semanas cotizadas, junto con las del 2010 y 2012 de la COOPERATIVA ACTIVA, completando las cincuenta (50) semanas de cotización en los tres (3) años anteriores a la última fecha ultima de cotización. Resaltó que no pretende cambiar la fecha de estructuración de tipo médico, sino que se establezca la capacidad laboral residual del demandante y la mora que aparece por parte de la COOPERATIVA ACTIVA, en la que sí aparece la afiliación a la AFP y a la EPS.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegaciones de conclusión, en similares términos a los expresados en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. A su vez, la accionada PROTECCIÓN S.A. allegó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. A su vez, la accionada SURAMERICANA S.A. guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Precisado el anterior escenario jurídico y probatorio, corresponde a esta Corporación, establecer si el demandante tiene derecho a la pensión de invalidez en virtud del principio de favorabilidad en los términos solicitados en la demanda. De ser así, verificar los términos en que se ha de conceder la prestación.

CONSIDERACIONES

En el presente caso no existe controversia alguna frente a la condición de invalido que ostenta la señor JOSÉ ALEXANDER AVELLA RUIZ, lo cual se corrobora con el documento que obra a folio 10, en el cual se consigna que el grupo Médico Laboral de la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A. le determinó una pérdida de capacidad laboral del 51.4%, de origen - enfermedad común y con fecha de estructuración 26 de junio de 2007, tampoco el hecho de que las enfermedades que padece –Hidrocéfalo Comunicante - Trastorno Cognoscitivo Secundario (fls. 145-146). Así mismo, no se discute en esta instancia que el actor, no cuenta con 50 semanas anteriores a la fecha de estructuración de la PCL, a la luz del del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Dichos aspectos no fueron discutidos por las partes, puesto que el principal reparo del demandante consiste en determinar la posibilidad de obtener el reconocimiento pensional, pero con base en los pronunciamientos de la H. Corte Constitucional,

toda vez que en su jurisprudencia ha determinado que es posible tomar como estudio para la pensión de invalidez, entratándose de enfermedades degenerativas, la fecha del dictamen y no la fecha de la estructuración de la invalidez, ello cuando el afiliado conservó su fuerza laboral y realizó cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez determinada en el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Efectivamente, la Sala estima que el anterior criterio ha sido adoptado por la H. Corte Constitucional, citando a modo de ejemplo las sentencias T – 885 del 25 de noviembre de 2011 y la reciente la sentencia T – 579 de 2016, donde la Alta Corporación determinó que, en los casos en que los trabajadores sufren una enfermedad de carácter degenerativo, no siempre coincide la fecha de estructuración de la invalidez fijada en el dictamen médico de PCL con la pérdida real y efectiva de la fuerza laboral, pues en esos eventos, la fecha fijada corresponde al momento en que se presentaron los primeros síntomas de la enfermedad que dio lugar a la calificación, pero no corresponde al momento en que efectivamente se perdió la fuerza laboral para ejercer la actividad productiva en el afiliado declarado inválido, por lo tanto, en esos casos se ha habilitado estudiar el reconocimiento pensional a partir de la fecha en que se realice el dictamen.

De igual modo, de precisarse que la Sala de Casación Laboral de H. CSJ, en reciente sentencia CSJ SL3275-2019, del 14 de agosto de 2019, varió su postura respecto del momento a partir del cual puede contabilizarse el número de cotizaciones en tratándose de enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas. A partir de allí, el Alto Tribunal ha reiterado entre otras sentencias, en las CSJ SL4567-2019, SL3779-2019 y SL4363-2019 *«que al establecer la fecha a partir de la cual se deben contabilizar los 3 años indicados en la ley, es posible tener en cuenta -conforme a las particularidades de cada caso-, además de la data de estructuración de la invalidez: (i) la calificación de dicho estado, (ii) la de solicitud de reconocimiento pensional o (iii) la de la última cotización realizada -calenda donde se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando-, al consagrar que:*

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

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

> *(i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.*
> *(…)*

En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, ***validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada,*** *porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, decisión que, en todo caso,* ***debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario».***

De acuerdo con el anterior hilo argumentativo, en la sentencia CSJ SL4567-2019 se estableció que al evidenciarse *«que el padecimiento de la demandante puede catalogarse como crónico,* ***podría verificarse cualquiera de los tiempos mencionados como referencia para determinar si cumple o no con las 50 semanas dentro de los tres años anteriores****».*

Más recientemente, el Alto Tribunal en la sentencia CSJ SL4178-2020, replicada en la CSJ SL3784-2021, reiteró lo siguiente:

> *«[…]*
> ***5º) Una excepción en tratándose de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas.***
>
> *Ha precisado la Sala que la regla expuesta en precedencia admite excepciones, como cuando se trata, por ejemplo, de* ***enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas****, en donde la prudencia obliga a analizar las particularidades de cada caso a efecto de conceder u otorgar oportunamente las prestaciones económicas y de salud necesarias para la recuperación del afiliado y/o su subsistencia. (Negrillas del texto original).*
>
> *La Corte, a partir de la sentencia CSJ SL3275-2019, varió su línea de pensamiento en lo relativo a cuál es el momento desde cuándo debe contabilizarse la densidad de aportes o semanas válidas que den lugar a alcanzar el derecho a la prestación originada en una de estas particulares contingencias, diferente a la data de estructuración de la invalidez dictaminada. (Subrayas fuera del texto original).*
>
> *En la anterior dirección, la Sala, en reciente decisión SL1002-2020, explicó:*
>
> *[…].*

> *Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada* ***con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus***
>
> ***propios medios*** *una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.*
>
> *Bajo este horizonte, conforme al criterio doctrinal actual de la Sala, debe precisare, que si bien la regla general es que para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, además de una pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 50%, se acredite una densidad de semanas determinadas en un lapso de tiempo específico, acorde con la disposición llamada a aplicar, las que se contabilizan hasta cuando esta se estructure; excepcionalmente, y en razón de encontrarnos frente a enfermedades congénitas, degenerativas y crónicas, debe darse un tratamiento diferente, posibilitando tener en cuenta aquellas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración. (subrayas fuera del texto original).*

Así las cosas, en principio resulta procedente el estudio de la prosperidad del reconocimiento de la pensión de invalidez bajo esos parámetros, y como se reseñó, la enfermedad que le produjo la pérdida de capacidad laboral al actor es la *hidrocefalia comunicante - Trastorno Cognoscitivo Secundario*, no obstante revisado el haz probatorio especialmente el dictamen de pérdida de capacidad laboral, incluso la historia clínica que se adosó a folio 67, no se evidencia que dicha patología corresponda a una de las denominadas enfermedades crónicas, degenerativas y/o progresivas. Al punto, no se hizo mayor esfuerzo probatorio para determinar que el demandante sufre la patología que esté catalogada como tal, incluso, no se encuentra literatura médica en tal sentido que indique específicamente que el tipo de hidrocefalia aquí padecida, corresponda a esa categoría, máxime cuando sí existen otros tipos de hidrocefalias que sí corresponden a la categoría de crónicas[1].

Sobre este último aspecto, estima la Sala que era a la parte actora a quien le correspondía como su deber procesal y haciendo uso de los medios de prueba autorizados por ley establecer en primer lugar que, la enfermedad que el actor padece corresponde a las que la jurisprudencia ha señalado como crónicas, degenerativas y/o progresivas, para así, darle cabida al criterio jurisprudencial que solicita se le dé aplicación.

Definido lo anterior, es claro que conforme a lo expresado no se hace necesario realizar más elucubraciones al respecto, pues es claro que el demandante no se hace

[1] https://neurorgs.net/docencia/sesiones-residentes/hidrocefalia-cronica-del-adulto/

merecedor de la pensión por invalidez reclamada bajo ese criterio. Por tal razón, 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,

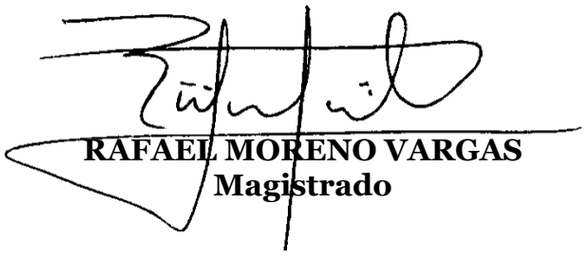
RESUELVE

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

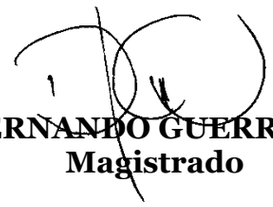
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, al considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

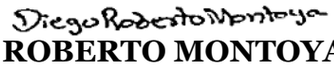
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por FREDY ALONSO MORALES contra BANCO CORPBANCA COLOMBIA S.A. Rad. 110013105-011-2017-00428-01.

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 a favor de la parte actora respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, el día seis (06) de agosto de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **FREDY ALONSO MORALES** a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que su contrato laboral fue terminado de manera unilateral e injusta por parte del BANCO CORPBANCA COLOMBIA S.A., en consecuencia, se condene al pago de la indemnización convencional por terminación unilateral y sin justa causa contemplada en la Convención Colectiva celebrada entre la demandada y la UNEB, el 26 de agosto de 2015. Finalmente se condene al pago de la indexación, así como de lo ultra y extra petita, más las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el 05 de febrero de 2007 inició a laborar para CORPBANCA COLOMBIA S.A., antes BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A., mediante un contrato laboral a término indefinido y devengando un salario mensual de $2.262.824. Explicó que el 21 de marzo de 2012 se afilió a la organización sindical Unión Nacional de Empleados Bancarios-

UNEB, la cual suscribió una convención colectiva de trabajo con CORPBANCA, el día 26 de agosto de 2015, en donde se pactó que los derechos de la convención del 10 de septiembre de 1991 seguirían aplicándose. Señaló que dentro de la convención del 10 de septiembre de 1991 se estableció que los trabajadores despedidos sin justa causa con más de 9 años de servicio, tienen derecho a una indemnización de 328 días de salario. Manifestó que, en el mes de mayo de 2016, CORPBANCA instaló unas cámaras de video en la oficina Parque Nacional, una en el área comercial y otra en la cocina del establecimiento, las cuales grabaron lo ocurrido en los días 10 y 17 de junio de 2016, donde aparece con sus compañeros en el lugar de trabajo y con una bebida en un vaso plástico desechable, suministrada por el señor Oclide Alviar, guarda de seguridad del banco. Aseguró que el 17 de junio de 2016, el señor Oclide Alviar hizo una novedad de su puño y letra, reportando que varios empleados de la oficina habían ingerido cerveza, en el mismo sentido, el supervisor de seguridad de la empresa AINC, el señor, Héctor Artunduaga registró que se estaban consumiendo bebidas alcohólicas en la oficina Parque Nacional y que como prueba de ello había incautado una lata de cerveza águila de 473 cm. Señaló que el 22 de junio de 2016 rindió descargos ante el Banco, manifestando que no había ingerido bebidas alcohólicas, sino que se trataba de gaseosa y que se retiró de la oficina a las 16:40 pm por razones personales. Indicó que le fue notificada la terminación de su contrato laboral, el día 27 de junio de 2016, justificada en que había ingerido bebidas alcohólicas en la oficina, conducta que se adecuaba a lo dispuesto en el Reglamento Interno del Trabajo, empero no le fue cancelada su liquidación laboral. Expresó que el Reglamento Interno del Trabajo, refiere como falta grave la ingesta de licor, sustancia que dista de la cerveza porque es una bebida de cebada germinada, lúpulo, levadura, azúcar y agua potable que oscila entre los 2.5 y 12 grados alcoholímetros, mientras que el licor asciende a los 15 grados. Finalmente, aseveró que el Banco escuchó la versión libre de la señora, Katerin Chávez González, la cajera del establecimiento y quien fue excluida de los señalamientos del personal de seguridad, aclarando que no pudo controvertir lo dicho por aquella (fls. 2 a 10).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El accionado **BANCO CORPBANCA COLOMBIA S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la terminación del contrato de trabajo del demandante obedeció a una justa causa, esto es, haber ingerido bebidas alcohólicas en el lugar de trabajo, utilizando para ello al guarda de seguridad. Explicó que el señor Oclide Alviar Arias, guarda de seguridad de Ainca Seguridad, reportó que los integrantes de la oficina Parque

Nacional ingirieron bebidas alcohólicas en las instalaciones del establecimiento durante los días 10 y 17 de junio de 2016, lo cual fue corroborado por medio de las grabaciones del circuito cerrado de televisión. Señaló que el consumo de bebidas alcohólicas en el lugar del trabajo está catalogado como una falta grave en el Reglamento Interno del Trabajo, la cual tiene como consecuencia la terminación unilateral del contrato de trabajo, sin lugar a previo aviso o indemnización. Aseguró que las cámaras de seguridad fueron instaladas con pleno conocimiento de los trabajadores, toda vez que eran visibles y se requerían por ser elementos de seguridad que protegen a la entidad financiera. Aclaró que el monto de la liquidación final de prestaciones del demandante, obedeció a lo que le correspondía luego de efectuar los descuentos legales y autorizados por aquel, pues tenía un préstamo de $4.071.343, así como una póliza de seguro N° 085 de Colseguros y las sumas que le fueron canceladas en exceso a lo largo del mes. Recordó que a la luz del artículo 3 del Decreto 1686 de 2012, las cervezas son bebidas alcohólicas, salvo cuando no superan los 2.5 grados alcoholímetros, característica que no posee la cerveza águila que consumía el demandante, pues aquella tiene un grado de alcohol de 4%. Formuló como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación», «carencia del derecho reclamado», «prescripción», «pago», «compensación», «cobro de lo no debido», «buena fe», «falta de título y causa», «abuso del derecho» y «excepción genérica» (Fls. 234 a 253).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 06 de agosto de 2021 declaró probada la excepción de «inexistencia del derecho y la obligación a cargo» y absolvió a parte accionada de todas y cada de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, indicó que corresponde a la accionada probar que existió una justa causa para dar por finalizado el contrato de trabajo del demandante, las cuales se encuentran indistintamente en el Reglamento Interno del Trabajo, en el contrato de trabajo, en la convención colectiva y en el CST. Recordó que la carta de terminación del contrato notificada al demandante, fundamentó la falta en el Reglamento Interno del Trabajo, específicamente, en los literales a, b, c, d, f, g, l del artículo 70, los numerales 1 a 6 y 9 del artículo 81, el numeral 2 del artículo 85 y los numerales 2 y 4 del artículo 95. Explicó que las causas que dieron origen a la terminación se contraen al reporte de novedad del 17 de junio de 2016, elaborado por el guarda de seguridad, el señor Oclide Alviar Arias; el acta de entrega del 17 de junio de 2016 suscrita por el supervisor de

seguridad, el señor Héctor Artunduaga; y el informe de seguridad bancaria del 20 de julio de 2016, documentos que dan cuenta de que los trabajadores de la oficina Parque Nacional, incluido el demandante, consumieron bebidas alcohólicas dentro de las instalaciones del lugar de trabajo y en horario laboral, conducta que está expresamente prohibida en el Reglamento Interno del Trabajo. Resaltó que el demandante aceptó que conocía el Reglamento Interno del Trabajo y que todos los trabajadores de la oficina Parque Nacional fueron llamados a descargos, lo que permite deducir que el demandante no fue el único sancionado por la conducta. Expresó que el registro fotográfico del informe de seguridad del 20 de junio de 2016, da cuenta del consumo de bebidas en vasos desechables, así como las latas de bebidas alcohólicas. Recordó que la señora Lina Stella Bonilla, en su diligencia de descargos indicó que el accionante le entregó un vaso con cerveza. Aseveró que, de acuerdo con lo dicho por el Ministerio del Trabajo, el uso de cámaras en los sitios de trabajo está permitido, siempre que no vulnere el derecho a la intimidad de los trabajadores, por lo que encontró que las cámaras instaladas por la parte accionada no violaran tal derecho, en tanto y en cuanto estaban en instalaciones generales del establecimiento, como la cocina. Añadió que el actor incumplió con los deberes contenidos en el Reglamento Interno del Trabajo, incluyendo el consumo de bebidas alcohólicas y el no reportar a sus superiores sobre las faltas. Por lo anterior, concluyó que no es procedente el pago de indemnización alguna.

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 parte accionada presentó alegatos solicitando se confirme la decisión de primera instancia. Por su parte, el demandante guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si la finalización del vínculo laboral verificada entre el empleador BANCO CORPBANCA COLOMBIA S.A. y el señor FREDDY ALONSO MORALES, obedeció a las justas causas alegadas por el empleador.

CONSIDERACIONES

Previo al análisis de lo que es objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existe una relación laboral desde el 05 de febrero de

2007, como así se evidencia del contenido del contrato laboral visible de folios 49 a 51, aunado a que en los escritos de demanda y contestación no se invocó oposición alguna frente a tal hecho; contratación que se dio por terminada de manera unilateral por parte del empleador el 27 de junio de 2016 -fls.69-70, aspectos sobre los cuales no se realizará manifestación alguna.

Ahora bien, como es sabido, la jurisprudencia ha precisado que cuando se pretende la indemnización y/o reintegro por terminación sin justa causa del contrato, se distribuye a cada una de las partes del proceso la carga de la prueba, al trabajador le corresponde acreditar el rompimiento del vínculo laboral por tratarse de un hecho constitutivo de la responsabilidad del empleador, una vez demostrado, éste último debe justificar su proceder, si lo hay (CSJ sentencias SL2148 del 13 jun. 2018 rad. 61164, SL1166 del 18 abril de 2018 rad. 46384 y SL5523 de 6 abr. 2016 rad. 41280, entre otras muchas). Advirtiendo que no es admisible, de manera posterior alegar causales o motivos diferentes. En este caso, el hecho del despido, como se esbozó en precedencia no ofrece controversia probatoria alguna, máxime cuando a folios 69 y 70, obra la carta de terminación emanada de la Gerente de Relaciones Laborales, Seguridad y Salud en el Trabajo; y en ese orden de ideas, corresponde a la empleadora demandada, una vez demostrado el despido, la carga procesal de demostrar la justeza del mismo.

Ahora bien, al estar demostrado el hecho del despido por la parte actora, se debe establecer si la sociedad demandada dio por terminado el contrato de trabajo con o sin justa causa, para ello debemos remitirnos a la aludida carta de despido, el cual, en su contenido se especificó que la terminación se daba por lo siguiente:

> *«Por medio de la presente nos permitimos comunicar a usted que el Banco ha decidido dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa a partir del día de hoy 27 de junio de 2016, de conformidad con lo establecido en el en el Reglamento Interno de Trabajo artículo 70 literales a, b, c, d, e. f, j, I; artículo 81, numerales 1, 2f 3, 5, 6, 9; artículo 85 numeral 2; artículo 95, numerales 2, 4, 6. El fundamento de esta decisión es el siguiente:*
>
> *Como consecuencia del reporte de novedades de junio 17 de 2016, presentado por el señor OCLIDE ALVIAR ARIAS, Guarda de Seguridad de nuestro Proveedor AINCA SEGURIDAD asignado a Parque Nacional, del acta de entrega del 17 de junio de 2016 suscrita por el Supervisor de dicha empresa de seguridad HÉCTOR ARTURO ARTUNDUAGA VARGAS y del informe de Seguridad Bancaria de fecha 20 de junio de 2016, el Banco tuvo conocimiento de los hechos presentados en esta oficina y referidos a que el pasado viernes 10 y viernes 17 de junio de 2016, los integrantes de dicha oficina, incluida usted,* ***ingirieron y permitieron el consumo de bebidas alcohólicas dentro de las instalaciones de la misma y en horario laboral específicamente, cerveza Águila****. En efecto, de estos informes y de las imágenes extraídas del video del Circuito Cerrado de Televisión (CCTV) del área de la oficina y cocina, se aprecia que usted ingirió el contenido de lo que se identifica como latas de cerveza Águila amarilla de 473 centímetros cúbicos. Se advierte igualmente, que utilizaron al Guarda de Seguridad ALVIAR ARIAS, para que este colaborara en servir y entregar los vasos a los trabajadores.*

A esta conclusión se llegó después de un examen en conjunto de las pruebas recaudadas, esto es, del informe del Guarda de Seguridad y de Seguridad Bancaria, así como de las versiones obtenidas de los demás trabajadores.

En efecto, en su caso, usted aparece en la imagen del 17 de junio de 2016, hora 16:07 recibiendo la bebida por parte del vigilante Oclide, y usted fue identificado en esta imagen por su compañero WILSON ORLANDO TAPIERO LÓPEZ.

No sobra indicar que resulta reprochable cómo se utilizó al Guarda de Seguridad para adquirir las cervezas y servirlas, no siendo aceptable por esta Gerencia el increíble argumento referido a que el señor Oclide era muy atento y siempre les servía las bebidas al equipo de la oficina. Resulta ajeno a las reglas de la experiencia y de la sana crítica que el Vigilante, por iniciativa propia, decidiera comprar latas de cerveza Águila e invitar a beber a todo el equipo de oficina y más increíble aún, que al ver esta situación, usted no haya usted puesto en conocimiento de su jefe inmediato estos graves hechos para que a su vez, los mismos hubiesen sido informados a la empresa de seguridad AINCA. Lo que aquí se advierte es cómo, aprovechándose de la posición dominante en la oficina, enviaban al señor Oclide a comprar cerveza y fuera de eso, lo utilizaban como mesero para que les sirviera. No debe olvidarse que los trabajadores de las empresas de vigilancia, en el mayor de los casos, son personas asalariadas y subordinadas que no van a objetar estos favores pues, se repite, es increíble que el vigilante mutuo propio organizara, comprara y sirviera la cerveza sin el consentimiento o instrucción de las personas que allí laboraban.

Por lo demás, también afirmó usted que con el vigilante Oclide, tampoco ha tenido ninguna rencilla o problema, por lo que no se advierte motivo alguno para que esta persona inventara esta versión y presentara en contra del equipo de la oficina una acusación tan grave que, de todas formas, se encuentra reafirmada con las imágenes extraídas del video de seguridad.

A pesar de la contundencia de las pruebas, en la diligencia de descargos usted no asumió un comportamiento sincero ni honesto, conducta que sí tuvo al momento en que la Consultora de Gestión Humana Carol Viviana Velásquez Guerrero, le entregó la citación a descargos, pues según el informe que esta funcionaria presentó sobre el día de entrega de las citación a descargos, indicó:

*"**2. Fredy Alonso Morales l Subgerente Operativo:** Al entregar la citación da una revisión rápida, procede a firmar y sin decir nada se retira de la oficina. Sin embargo cuando notó que Diana y yo ya habíamos entregado todas las cartas; ingreso nuevamente a informarnos que lamentaba mucho la situación y que se responsabilizaba de lo sucedido, adicionalmente manifestó que si él no lo hubiera permitido, esto no había sucedido. De hecho intento defender a María Fernanda y finalizó diciendo "**las pruebas lo dicen todo, no tengo nada que decir**"".*

En consecuencia, usted como Subgerente Operativo de la oficina Parque Nacional participó y permitió que esta conducta se presentara, faltando así a una de sus funciones esenciales cual es la de cumplir y velar porque el equipo de trabajo de la oficina cumpla con los procesos, normas, políticas y controles internos establecidos por las directivas del Banco así mismo, dar cumplimiento y hacer cumplir las leyes y decretos de la Nación que afecten al sistema financiero y las normas y reglamentaciones emanadas de la Superintendencia Financiera y contempladas en los procesos internos previamente comunicados y publicados.".

Lo anterior corresponde a un acto prohibido expresamente tanto en el Código Sustantivo del Trabajo como en el Reglamento Interno de Trabajo; es además un acto de grave indisciplina y negligencia en sus labores, toda vez que la ingesta de estas sustancias impide que se desarrolle plenamente su laboras y se concentre en sus funciones; eleva el riesgo de seguridad en la oficina y aumenta el riesgo de ocasionar accidentes de trabajo. Igualmente, no se advierte que usted pusiera en conocimiento estos hechos al área de cumplimiento».

Así pues, se concluye que la falta calificada como grave se circunscribió, en síntesis, al hecho de que el actor ingirió bebidas alcohólicas en su lugar de trabajo, en horario laboral específicamente, cerveza de nombre *Águila* el día 17 de junio de 2016, lo cual se catalogaba en el reglamento interno de trabajo como una justa

causa para terminar el contrato. En ese sentido, se advierte que, en el evento de la violación de cualquier falta grave consagrada en los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos de trabajo o en los reglamentos, no puede ni le es dable al juzgador apreciar la gravedad de la falta, por lo que su accionar se limita a verificar la ocurrencia de los hechos, calificados previamente como infracciones en tales convenios.

En esa medida, una vez pactada una determinada circunstancia como causa para terminar el contrato de trabajo solo se debe verificar el cumplimiento de esta, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral (Sentencias SL2457 de 27 de jun. 2018, que rememora las del 10 mar. 2003 Rad. 35105, SL670-2018 y CSJ SL 187-2018), por lo que se debe verificar en primer lugar si efectivamente entre las partes se pactó el hecho alegado como causa de terminación del contrato de trabajo.

En ese orden de ideas, debe señalarse que la cláusula doce del contrato de trabajo prescribe que además de las causales de terminación descritas en la Ley, constituyen conductas que dan lugar a la terminación del contrato por justa causa, por considerarse como graves, entre otras, las descritas en el literal b) que dispone «*Presentarse a trabajar en estado de alicoramiento o bajo el efecto de sustancias alucinógenas o narcóticas o ser sorprendido en ese estado durante el desempeño del oficio,* ***o ingerir licor o sustancias alucinógenas dentro de las instalaciones de EL BANCO***» (Fl. 50 vto.). A su vez, el Reglamento Interno de Trabajo el artículo 85, numeral 2) en similares términos señala como prohibición a los trabajadores tal hecho.

De lo expuesto, y a la luz de la doctrina probable establecida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es claro que la conducta endilgada es una falta grave y amerita la terminación del contrato de trabajo conforme a lo establecido previamente, razón por la cual no es viable que esta Colegiatura pueda entrar a calificar tal conducta, debido a su incorporación tanto en el contrato de trabajo como en el reglamento interno de trabajo. Ahora bien, una vez establecido lo anterior, se debe entrar a verificar si la misma fue cometida por el actor y si esta afecta de manera directa el desempeño laboral del trabajador en los términos de la sentencia C-636 de 2016.

En esa senda, observa la Colegiatura al plenario se aportó reporte de novedades por parte de la empresa de seguridad AINCA, donde se indica lo siguiente:

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

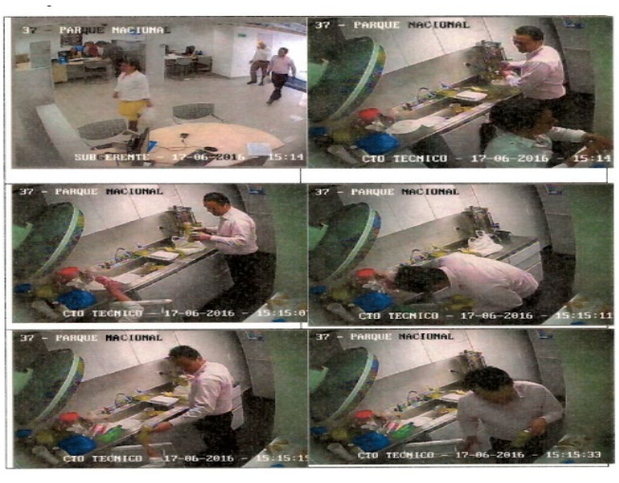
ASUNTO informe
Señ
me permito poner en conocimiento la novedad irregular que se viene presentando en la oficina parque nacional piso 7. desd el inicio de los partidos de la copa America cuando Juega la Seleccion Colombia donde los funcionarios realiza una colecta de dinero para la compra de cerveza y se consume al interior de la oficina despues del sierre de atencion al publico Dicha novedad como el dia de la hoy la semana pasada. los funcionario que participa son subgerente fredy cajero lina gerente fernanda Eduwin wvilson karen la unica persona que no participa es la cajera katerin

Tal reporte, se encuentra firmado por el señor OCLIDE ALVIAR, como guarda de seguridad. Por otro lado, se aportó acta de entrega por parte del Supervisor *CorpBanca Helm* Héctor Artunduaga Vargas:

ACTA DE ENTREGA

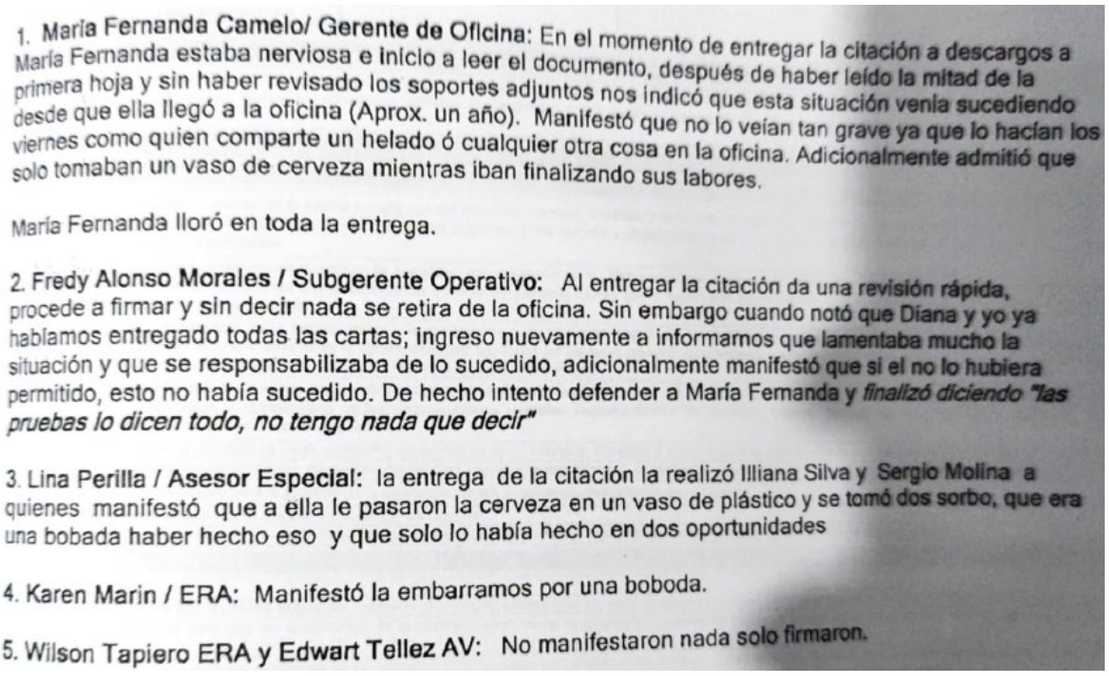
siendo las 19:10 horas en presencia de señor cordinador de contrato corpbanca Helm Hector Triviño, presencia del señor guarda de seguridad Aguiar oclide y presencia Mia supervisor Hector Artundvaga encuntro una lata de cerveza marca Aguila de 473 cm³ color Amarilla como muestra de evidencia que se esta consumiendo bebidas alcoholicas dentro de la oficina corpbanca parque nacional piso 1, se deja en manos del cordinador Hector Triviño para fines correspondientes.

Por otro lado, se aportaron registros o capturas de video donde se muestra lo siguiente:



En el acta de descargos, el actor señaló respecto a dichas imágenes que *«Si bien es cierto en algunas partes del video se muestran unas latas amarillas siendo manipuladas por el vigilante y algunos funcionarios del Banco, no se puede concluir que, porque esta bebida esté en un envase de lata de color amarillo, sea precisamente una cerveza Águila, ya que existen unos productos no alcohólicos que se venden en la misma presentación»*.

De otro lado se aportó comunicación de la señora **CAROL VIVIANA VELASQUEZ GUERRERO**, Gestor de RRHH de la accionada (folio 296), donde informó haber entregado las citaciones a descargos de los empleados por participar en la conducta de ingesta de alcohol lo siguiente:



1. **María Fernanda Camelo/ Gerente de Oficina**: En el momento de entregar la citación a descargos a María Fernanda estaba nerviosa e inicio a leer el documento, después de haber leído la mitad de la primera hoja y sin haber revisado los soportes adjuntos nos indicó que esta situación venia sucediendo desde que ella llegó a la oficina (Aprox. un año). Manifestó que no lo veían tan grave ya que lo hacían los viernes como quien comparte un helado ó cualquier otra cosa en la oficina. Adicionalmente admitió que solo tomaban un vaso de cerveza mientras iban finalizando sus labores.

María Fernanda lloró en toda la entrega.

2. **Fredy Alonso Morales / Subgerente Operativo:** Al entregar la citación da una revisión rápida, procede a firmar y sin decir nada se retira de la oficina. Sin embargo cuando notó que Diana y yo ya hablamos entregado todas las cartas; ingreso nuevamente a informarnos que lamentaba mucho la situación y que se responsabilizaba de lo sucedido, adicionalmente manifestó que si el no lo hubiera permitido, esto no había sucedido. De hecho intento defender a María Fernanda y *finalizó diciendo "las pruebas lo dicen todo, no tengo nada que decir"*

3. **Lina Perilla / Asesor Especial:** la entrega de la citación la realizó Illiana Silva y Sergio Molina a quienes manifestó que a ella le pasaron la cerveza en un vaso de plástico y se tomó dos sorbo, que era una bobada haber hecho eso y que solo lo había hecho en dos oportunidades

4. **Karen Marin / ERA:** Manifestó la embarramos por una boboda.

5. **Wilson Tapiero ERA y Edwart Tellez AV:** No manifestaron nada solo firmaron.

La mencionada empleada, de igual modo, rindió testimonio en el curso del presente proceso donde relató que conoce los hechos que se presentaron entre el 10 y el 17 de junio de 2016 por ser la Consultora de la Gestión Humana en la red de oficinas de Bogotá, explicando que fue quien dirigió la diligencia de descargos de cada uno de los trabajadores de la oficina Parque Nacional; que ella estaba en *estado* de embarazo y al sentirse enferma, pasó a la oficina pero no vio nada raro; que el 17 de junio de 2016 entregó la citación a descargos; que primero le entregó la citación a la gerente María Fernanda Camelo, quien dijo que hacía un año estaban compartiendo almuerzos, helados y que lo de la cerveza ya se había presentado en otras oportunidades; que luego siguió con el demandante, quien firmó sin problema; que después el demandante fue a la oficina a pedir disculpas y les dijo que si él no lo hubiera permitido nada malo habría sucedido; que el demandante se encontraba trabajando ese día, que no había realizado una solicitud de permiso. Que, en la entrega de las citaciones, la gerente aceptó lo que estaba pasando, que otra persona había manifestado «*nos dejamos caer por una bobada*», así que era evidente que toda la oficina ya sabía lo que sucedía.

De igual modo el actor absolvió interrogatorio de parte, en el cual, en similares términos a la diligencia de descargos negó que había consumido alcohol, sino que lo ingerido era una bebida gaseosa.

Adicional a lo anterior, a folios 289 y290, se aportó diligencia de descargos de la empleada Lina Stella Bonilla Rodríguez, quien manifestó que el día 17 de junio en las oficinas del Banco en Parque Nacional el guarda de seguridad, señor Oclide le *«pasó un vaso. Yo lo recibí y lo descargué y seguí haciendo mis funciones. Ya me*

estaba preparando para la salida de la oficina y probé lo que había en el vaso y el no sé por qué me pasó un vaso con cerveza. No sé cuáles fueron los motivos para que él me haya pasado ese vaso…».

A su turno, también la empleada Susan Katerin Chávez González, explicó en la diligencia de descargos (fls. 275) lo siguiente:

«Ingrese a la oficina el 1 de abril de 2016, la semana que llegué me di cuenta que sé" realizaban colectas de dinero, entre todos, para comprar bebidas alcohólicas pero nunca participé en estas colectas, una vez se cerraba la atención al público, un funcionario era asignado para salir y comprar el trago, cada viernes un funcionario diferente, en algunas oportunidades, la compra de licor se hacía antes de cerrar la atención al público, tipo 3:00 p.m. 3:30 p.m. en el éxito que queda al lado de la oficina. Una vez se cerraba la oficina lo servían en vasos plásticos y a cada uno le llevaban a su puesto de trabajo los vasos llenos de trago. Muchas veces me ofrecieron vasos de licor los cuales yo rechazaba con un no rotundo y me decían que yo era aburrida, amargada, antipática, yo les respondía que estaba haciendo una dieta auriculoterapia o como esta con un tema de cálculos de riñones, estaba tomando medicamentos fuertes, lo que sobraba de trago, lo guardaban en la nevera de la oficina por el resto de la semana, la situación se tornaba complicada por el rechazo de consumo de licor por mi parte. Se burlaban de mí, no me abrían la puerta de la oficina al final del día, escondían las llaves para que yo no pudiera salir de la oficina a las 5:00 p.m. El señor Oclide Alviar vigilante nunca fue coaccionado para comprar o servir el licor o consumirlo ya que el incitaba y también vendía artículos par catálogo, hacia rifas, y cuando estaba tomando decía que si le daban un trago más podía estar cogiendo a bala a todos. Tuve que enviar transportadora varias veces mientras todos en la oficina tomaban, y hasta el guarda armado también. Yo siempre rechacé este comportamiento de los funcionarios de la oficina. Ustedes pueden ver en las cámaras que siempre salía sola y antes de todo el personal que se quedaba bebiendo. Nunca accedí a esta actividad y mucho menos compartí con ellos eso. No denuncié por temor pues estaba recién trasladada a la oficina, tenía miedo que se filtrara la información igual al parecer ya la información ya se filtró porque la semana pasada la supernumeraria que estaba en mi oficina, me dijo que todo el mundo me culpa porque ya saben que fue una denuncia por el buzón anónimo, me parece grave porque pues está en juego mi seguridad y la de mi familia».

Revisado el elenco probatorio, sin hesitación alguna puede afirmarse que en la terminación del contrato de trabajo del actor medió justa causa, como quiera que se acreditó en el juicio que el demandante en efecto sí consumió bebida alcohólica, cerveza, en su sitio de trabajo, pues así se admite incluso desde los hechos relatados en el líbelo inicial, donde por demás señala que la cerveza no es considerada una bebida alcohólica, con lo cual no se podía haber violado disposición alguna pues a su juicio *«la CERVEZA dista mucho de ser un licor que tiene propiedades diferentes y grado alcoholímetro superior a 15 en tanto que la cerveza es una bebida cebada germinada, lúpulo, levadura, azúcar y agua potable»*, lo cual no resulta de recibo en sentir de la Sala, pues conforme lo define el artículo 3° del Decreto 1686 de 2012 del Ministerio de Salud, *«es la bebida obtenida por fermentación alcohólica … Esta bebida está comprendida entre 2.5 y 12 grados alcoholimétricos. Las cervezas con una graduación alcoholimétrica, inferior a 2.5 grados alcoholimétricos, se denominarán cervezas sin alcohol o cervezas no alcohólicas y se clasificarán como alimento»*, de modo que es consideraba como bebida con esa característica. De ahí que se haya incurrido en la causal objetiva consagrada en el contrato de trabajo, la cual se constituye en violación de las prohibiciones a los trabajadores de la sociedad demandada y una justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo.

A pesar de lo anterior, si bien dentro del plenario quedó plenamente acreditado que la causal invocada por la parte accionada para dar por terminado el contrato de trabajo se encuentra establecida en el contrato de trabajo, así como que se encuentra prohibida en el reglamento interno de trabajo y en el numeral 2 del artículo 60 del CST, y la demostración de su ocurrencia por parte del ex trabajador, debe precisar esta Colegiatura que estas situaciones no son suficientes para configurar la prohibición allí contemplada, dado que a la luz de la sentencia C-636 de 2016 que declaró exequible el numeral 2 del artículo 60 ibidem, esta causal acaece cuando el consumo de alcohol, narcóticos o cualquier otra droga enervante afecte de manera directa el desempeño laboral del trabajador.

Al respecto, la Corporación observa que tal conducta, en efecto afecta de manera directa y peligrosa el desempeño laboral del trabajador demandado dado que, por la actividad desempeñada en una entidad financiera, con manejo dinero, donde por demás según las funciones del cargo de Gerente operativo tenía que coordinar, controlar el funcionamiento operativo de la oficina, incluyendo la seguridad, con control y manejo de claves de cajas fuertes de seguridad de la oficina, depositarias y cajeros automáticos, entre otros, que bajo los efectos del alcohol claramente

ponían en riesgo a la entidad bancaria, circunstancias que conllevan a configurar la justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo.

De igual modo tampoco resulta de recibo, que por el hecho que la entidad haya colocado cámaras de video en varios sitios de la oficina, incluyendo la cocina, se haya vulnerado derecho fundamental alguno, como quiera que se trata de sitios o áreas comunes que no interfieren ni desconocen el derecho a la intimidad de los empleados.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia 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,

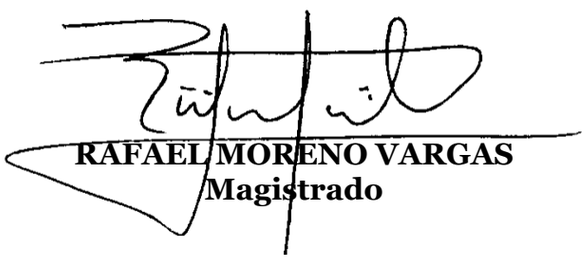
RESUELVE:

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

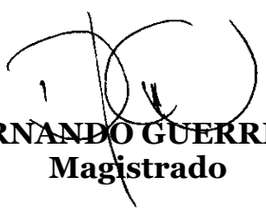
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado
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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MAGDALENA VASQUEZ DE CRUZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-011-2015-00504-01.

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 11 Laboral del Circuito de Bogotá el día 05 de agosto de 2021. Asimismo, revisará la aludida decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP (Art.69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MAGDALENA VASQUEZ DE CRUZ** pretende se reconozca y pague por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, anteriormente INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES –ISS, la pensión de vejez por haber reunido el fallecido JOSE ARCESIO CRUZ GALEANO los requisitos legales de tiempo de servicio y edad para acceder al disfrute de dicha prestación, a partir del día en que cumplió los 60 años de edad (5 de abril de 1991). siéndole aplicable la normatividad consagrada en el Decreto 758 de 1990 o la que le resultare más favorable, por encontrarse amparado en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, modificado por medio del parágrafo -transitorio 4° del artículo 1°

del Acto Legislativo 01 de 2005. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLPENSIONES, a reconocerle la pensión de sobreviviente, en calidad de cónyuge supérstite desde el día 13 de septiembre de 2011, fecha del fallecimiento del señor JOSE ARCESIO CRUZ GALEANO, asimismo, se condene a la entidad demandada, a reconocer y pagar los correspondientes reajustes e incrementos pensionales que se han efectuado a través del tiempo, así como las correspondientes mesadas adicionales. Se condene a la entidad demandada al pago de los intereses moratorios, la indexación, costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, relató que, el señor JOSE ARCESIO CRUZ GALEANO nació el 05 de abril de 1931 y falleció el 13 de septiembre de 2011 a los 80 años de edad, indicó que contrajo nupcias con él, el día 20 de junio de 1953, que convivió con él bajo el mismo techo en forma permanente hasta el momento de su fallecimiento, que dependía económicamente de su fallecido esposo y de dicha unión se procrearon seis hijos, todos mayores de edad. Manifestó que, el causante se encontraba afiliado y cotizó por última vez a la administradora del régimen de pensión al ISS. Agregó que, durante la vida laboral cotizó al sector público 6.683 días equivalentes a 954 semanas y al sector privado 706 días equivalentes a 100 semanas, para un total de 7.384 días correspondientes a 1.054 semanas de cotización al régimen de seguridad social. Expuso que el fallecido comenzó a cotizar al régimen de seguridad social el 15 de septiembre de 1958 y su última cotización la realizó como afiliado al ISS, manifestó que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 el difunto contaba con 20 años, 2 meses, 21 días de cotización y 63 años de edad, encontrándose en el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la mencionada ley. Aclaró que al 01 de abril de 1994 ya reunía los requisitos para optar por una pensión de vejez, advirtió que la totalidad de sus cotizaciones las hizo dentro de los 20 años anteriores a cumplir con la edad de pensión, por lo que infirió que él tenía derecho a pensionarse con solo 500 semanas conforme a la Ley 71 de 1988. Expuso que el día 10 de noviembre de 2010 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, a lo cual recibió contestación por medio de la Resolución 07384 del 27 de febrero de 2012 negándole la pretensión con fundamento en lo establecido en la Ley 33 de 1985, adujo que, no se tuvo en cuenta para efectos de acumulación, el tiempo que desempeñó en el sector privado, desconociendo lo preceptuado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral y Corte Constitucional en sus reiteradas jurisprudencias. Añadió que el ISS resolvió la petición del señor JOSE ARCESIO CRUZ GALEANO el 12 de febrero de 2012,

tiempo después del fallecimiento de este, por lo cual no tuvo tiempo para la interposición de los recursos de ley. Anotó que el 07 de mayo de 2012 realizó reclamación ante COLPENSIONES con radicación No. 5088484, a fin de que se le reconociera la sustitución pensional por su fallecido esposo a lo cual recibió como respuesta de COLPENSIONES, mediante Resolución GIJR 0-71553 del 22 de abril 2013 la negativa de tal requerimiento, aduciendo que, durante los 3 últimos años anteriores al fallecimiento de su esposo, este no había cotizado las 50 semanas requeridas, mencionó que esto desconoció que había cotizado en su historia laboral más de 20 años, así como los lineamientos establecidos por los altos tribunales. Adicionalmente, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la Resolución GNR 071663 del 22 de abril 2013 que negó la pensión de sobrevivientes, a lo cual COLPENSIONES resolvió el recurso mediante la Resolución GNR 379240 del 27 de octubre de 2014, no reponiendo la Resolución, pero concediendo el recurso de apelación, argumentando que, no es competente para tal reconocimiento. Asimismo, adujo que a la fecha de la presentación de la demanda aún no ha obtenido respuesta alguna, de lo que infiere que se agotó la vía gubernativa (Fls. 39-47).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La **ADMNINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones argumentando que, la Ley y la Jurisprudencia han establecido que la pensión de vejez a cargo del Seguro Social se causa cuando se reúnen los requisitos de edad y el mínimo de cotizaciones contemplado en el reglamento, sin embargo, debido a los constantes cambios normativos sobre la materia, cuando se pretenda establecer el derecho a esta pretensión, es necesario determinar, en cada caso lo que en su contra se formula, de conformidad con las normas de competencia definidos por la entidad mediante concepto jurídico emitido por la Gerencia, en aplicación del Decreto 2709 de 1994, explicó que, este Decreto estipuló en el artículo 10° los requisitos para determinar la entidad pagadora de la prestación económica bajo dos requisitos, mencionó que en el evento que no se cumpla alguna de estas dos condiciones, la entidad a la cual se haya efectuado el mayor tiempo de aportes será la obligada a reconocer y pagar la pensión de jubilación por aportes, añadió que, si bien es cierto, la última entidad a la cual cotizó el causante fue COLPENSIONES, también lo es que, solo cotizó 100 semanas, rozón por la cual, COLPENSIONES no es competente para el estudio de la prestación solicitada. Formuló excepciones de fondo, las de

«prescripción», «inexistencia del derecho», «cobro de lo no debido», «buena fe del ISS», «no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni indexación o reajuste alguno», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «carencia de causa para demandar», e «innominada o genérica» (Fls. 71-78)

Mediante auto del 02 de noviembre de 2016, el Juzgado de conocimiento ordenó vincular al proceso en calidad de litis consorte necesario a La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP** (fl. 109), entidad que una vez fue notificada, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones argumentando que, las últimas y la mayoría de las cotizaciones realizadas por la parte demandante al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones bajo el régimen de prima media con prestación definida, se hicieron ante COLPENSIONES, en consecuencia, es esa la entidad llamada a resolver de fondo la solicitud de reconocimiento de la prestación pensional, en los términos de la Ley 71 de 1988 o de las normas que le sean aplicables, conforme a los requisitos que se logren probar para acceder a la prestación pensional. Formuló excepciones de fondo, las de «prescripción», «inexistencia de la obligación», «innominada o genérica» y «compensación» (FLS 111-120).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 05 de agosto del 2021, condenó a la UGPP al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante, ya fallecida, en cuantía de $51.720 pesos a partir del 05 de abril de 1991, junto con los incrementos legales a que haya lugar a reconocerle. Asimismo, condenó a la demandada UGPP al pago a favor de los ciudadanos NELLY CRUZ VÁSQUEZ, DORA ELENA CRUZ VÁSQUEZ, HILDA LUCÍA CRUZ VÁSQUEZ Y FIDEL CRUZ VÁSQUEZ, en su condición de sucesores procesales de la demandante, la suma de $64.537.524 pesos por concepto de retroactivo pensional causado entre el 07 de mayo del año 2009 y hasta el 16 de febrero del año 2017, fecha del deceso de la actora, el cual deberá ser cancelado de manera indexada a la fecha de pago. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 07 de mayo del año 2009. Finalmente, absolvió a las dos demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que, el causante es beneficiario del régimen de transición, se remitió a la premisa normativa que regula la sumatoria de tiempos públicos y privados, Ley 71 de 1988, la cual no fue aplicada por COLPENSIONES al resolver la solicitud hecha por el causante, pues a través de la Resolución 7384 del 27 de febrero de 2012 indicó que el mismo no acreditaba el requisito de tiempo. Anotó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha indicado que para efectos de la pensión de jubilación por aportes que debe aplicarse en virtud del régimen de transición pensional, se debe tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si fue o no de aportes a entidades de previsión o seguridad social, por lo que estimó que, el causante tenía derecho a la pensión de jubilación por aportes en razón a que cumplió los requisitos de manera concurrente de edad y tiempo de servicios públicos y privados equivalentes a 1.043.42 superior a 20 años de servicios. Manifestó que, respecto del acervo probatorio se cumple con el requisito de convivencia de la pareja, basada en la existencia de lazos afectivos, el ánimo de brindarse apoyo y colaboración. Agregó ateniendo la fecha de fallecimiento del causante, la norma que regula el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la que se aplica a la fecha del deceso, la cual fue el art. 47 de la Ley 100 de 1993, que fuera modificada por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, bajo esa tesitura, una vez estudiado el material probatorio, dando aplicación a los arts. 60 y 61 Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, según el Acta de Matrónimo católico celebrada el 20 de julio de 1953, las declaraciones extraprocesal de la demandante y de los señores Hugo Ernesto Rojas y Pascual Buitrago Ávila, reiteró que se cumple con el requisito de convivencia de la pareja, basada en la existencia de lazos afectivos y el ánimo de brindarse apoyo y colaboración, deduciendo ello de la vida en común con el fallecido, desde el momento de la celebración del matrimonio y hasta su fallecimiento, por lo que condenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 05 de abril de 1991. Precisó que, en cuanto a la excepción de prescripción, esta se declaró parcialmente probada respecto de presentada la reclamación el 07 de mayo de 2012. Adujo que, en cuanto a la entidad que debe asumir el pago de la prestación, se remitió al art. 10 del Decreto 2709 de 1994, para lo cual mencionó que, si bien es cierto, la última entidad para la cual estuvo afiliado el causante estuvo afiliado el causante, fue el Instituto de Seguros Sociales –ISS hoy COLPENSIONES, también consideró cierto que para que dicha entidad asuma el pago de la prestación, debía tener cotizaciones por más de 6 años, lo cual no se verificó para el caso de marras, pues las cotizaciones efectuadas fueron entre el 10 de diciembre de 1980 y hasta el 30 de diciembre de 1981, y en el otro interregno, del 16 de noviembre de 1982 al 01

de octubre de 1983, de allí, que no debe ser esta la entidad responsable del pago, sino la entidad para la cual presentara más cotizaciones o tiempo de vinculación. Anotó que, fue para el INCORA Liquidado que prestó su fuerza laboral, para un total de 9 años, 4 meses y 25 días, mientras que para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, laboró 8 años, 10 meses y 14 días, en tanto que, según lo anterior, la entidad para la cual prestó más servicios fue el INCORA Liquidado, por lo que es la UGPP la entidad responsable del pago, al ser la entidad que asumió el pasivo pensional de la Caja Nacional de Previsión ya liquidada, quien a su vez tenía a su cargo las pensiones de los trabajadores del INCORA. Finalmente anotó que, frente a los intereses de mora, estos no son procedentes, puesto que conforme a la jurisprudencia actual, solamente son viables para prestaciones del Sistema General de Seguridad Social, lo que ha cambiado por las recientes providencias, no obstante, manifestó que fue tan solo hasta que se emitió una sentencia por parte de un operador judicial que se llevó a cabo la conclusión de la procedencia del reconocimiento pensional deprecado, por lo que no se pueden achacar estas consecuencias en contra de las entidades de la Seguridad Social, pues la entidad condenada a pagar el reconocimiento tuvo conocimiento del derecho pretendido hasta la presentación de la demanda, en consecuencia, también declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, respecto de todas las mesadas causadas con anterioridad al 07 de mayo de 2009.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandante, indicó «*no compartir parcialmente la decisión tomada e interpuso recurso de apelación respecto a los intereses moratorios contemplados en el art. 141 de la Ley 100, igualmente, respecto a las costas procesales decretadas por el despacho*».

Por su parte, inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandada **UGPP** apeló la decisión argumentando que si el causante tenía derecho a la liquidación esa petición no fue resuelta por la UGPP, por lo que se plantea la no condena en costas, pues las Altas Cortes han manifestado que se debe tener un análisis, del cual no solo la parte vencida debe ser condenada en costas, lo cual considera inoportuno en el presente asunto, ya que durante todo el proceso la Unidad ha obrado de manera correcta y no es responsable del no pago de unas acreencias de las cuales no tenía legitimidad, adujo que, si tenía «*un poco*» de responsabilidad frente a la pensión de sobrevivientes que se estaba reclamando, por lo que no estima viable la condena para pensión de sobrevivientes a cargo de la

Unidad, finalmente, explicó que la Ley indica que es la última entidad a la que se estaban haciendo los aportes quien debe hacerse cargo, por lo que no se encontraba el causante aportando a la UGPP.

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 UGPP y la parte accionante presentaron alegatos solicitando se revoque la decisión en lo desfavorable. La accionada COLPENSIONES, por su parte, presentó alegatos de conclusión solicitando se confirme la decisión proferida.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer, en primer lugar y para surtir la consulta a favor de la UGPP, si hay lugar al reconocimiento post mortem de la pensión de jubilación por aportes regulada por la Ley 71 de 1988 a favor del causante JOSÉ ARCESIO CRUZ GALEANO, de ser así, si hay lugar a la sustitución pensional en cabeza de su cónyuge MAGDALENA VÁSQUEZ DE CRUZ. Definido lo anterior, se verificará la procedencia de imponer condena por concepto de intereses moratorios, y si hay lugar afectar las mesadas pensionales causadas con la prescripción extintiva. Se verificará igualmente lo atinente a la imposición de costas procesales, y si los sucesores procesales tienen derecho al retroactivo en los términos concedidos por el a quo.

CONSIDERACIONES

Con la finalidad de resolver los problemas jurídicos, es necesario señalar que se acreditó que el señor JOSÉ ARCESIO CRUZ GALEANO falleció el 13 de septiembre de 2011, tal y como se advierte del registro civil de defunción obrante a folio 02 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.102-103) entre el 13 de septiembre de 2008 y el 13 de septiembre de 2011 no fue realizada ninguna cotización, y se debe acotar que la última cotización efectuada por el causante JOSÉ ARCESIO CRUZ GALEANO fue en octubre de 1983, 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.

Ahora bien, en aras de surtir la consulta a favor de la UGPP, previo a resolver lo que fuere materia de inconformidad en alzada, se revisará la decisión de primer grado para establecer si efectivamente procedía el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes a favor del causante, y la consecuente sustitución pensional en cabeza de la señora MAGDALENA VÁSQUEZ DE CRUZ.

Al respecto, se advierte que se alega por la parte actora que el fallecido era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Sobre este puntual aspecto, estima la Sala de entrada que, si bien le resulta aplicable al causante el régimen pensional contemplado en la Ley 71 de 1988 que concibe la denominada pensión de jubilación por aportes, no lo es por vía del régimen de transición, dado que cumplió la edad y sus cotizaciones fueron efectuadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que es la normativa que consagró el aludido régimen de transición, de modo que debe precisarse tal situación. Aclarado ello, se verifica que en su artículo 7º, la Ley 71 de 1988 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 septiembre de 2011, ya cumplía con el número mínimo de semanas de cotización entre las

aportadas al ISS y el tiempo laborado al sector público, pues la edad ya la tenía (80 años).

De otro lado, se observa que el causante acreditó haber laborado 20 años de servicios tanto en sector público como privado, advirtiendo que ese tiempo se calcula con base a 360 días que corresponden a 7200 días que equivalen a 1.028.57 semanas, tal y como lo tiene decantado la jurisprudencia laboral[1], de modo que en el presente asunto se tiene que el actor acredita un total de 1.040.14 semanas, según el cuadro explicativo que a continuación se muestra:

PERIODOS (DD/MM/AA)		DÍAS DEL	SEMANAS	ONSERVACIONES	TIEMPO EN AÑOS
DESDE	HASTA	PERIODO			
15/09/1958	30/08/1959	346	49,43	MIN. AGRICULTURA (CAJANAL)	0 años, 11 mes y 11 días
26/08/1959	31/07/1967	2.853	407,57	CAJA AGRARIA	7 años, 9 mes y 22 días
1/08/1967	31/12/1976	3.385	483,57	INCORA	9 años, 3 mes y 6 días
10/12/1980	30/12/1981	381	54,43	ISS	1 años, 0 mes y 15 días
16/11/1982	1/10/1983	316	45,14	ISS	0 años, 10 mes y 11 días
TOTALES		7.281,00	1.040,14		

En otro giro, debe señalarse que la prestación debe estar a cargo de la UGPP, pues en los términos del artículo 27 Decreto 1160 de 1989, el reconocimiento y pago de la pensión por aportes corre por cuenta de la última entidad a la cual se efectuaron los aportes, pero si el tiempo de cotización es inferior a 6 años, como es el caso que nos ocupa, le corresponderá su pago a la entidad a la que se efectuó el mayor tiempo de aportes, que en este caso fue a las extintas CAJANAL, CAJA AGRARIA e INCORA, todas adscritas al Ministerio de Agricultura, hoy representadas por la demandada UGPP, por lo cual habrá de confirmarse este puntual aspecto de la decisión, pero por estas precisas razones, de modo que la pensión de jubilación por aportes aquí reclamada, se causa a partir del 05 de abril de 1991 en los términos indicados en primera instancia.

En cuanto al monto de esta pensión, el artículo 8° del Decreto 2709 de 1994 establecía que «*El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación (…)*», concordancia con el artículo 6° que determinaba éste correspondía *«al salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios»*.

[1] CSJ SL032-2018

En este sentido, se tiene que el juez a quo fijó la cuantía de la pensión en $51,720, suma que era ligeramente superior al SMLMV para la época ($51,716), sin embargo, estima la Sala que se debe ajustar a este último valor dado que revisados los salarios con los cuales se cotizó ajustan un promedio de $1.895 mensuales, el cual actualizado al 05 de abril de 1991 <fecha del cumplimiento de los 60 años de edad> arroja un valor de $10.282.00 mensuales, al cual si se le aplica un 75% arroja una suma de $7.711,30, cifras de todas maneras inferiores al mínimo legal de la época de causación del derecho, en tal medida, la prestación habrá de concederse en suma igual al SMLM de 1991.

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

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

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 JOSÉ ARCESIO CRUZ GALEANO, ocurrido el 13 de septiembre de 2013, 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 o afiliado que fallezca por riesgo común, de lo que se colige que el caso del causante se ubica en éste supuesto, por lo que se considera que dejó causado el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con lo cual el asunto a decidir se centra en la demostración de la convivencia efectiva con el causante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que exige, tanto para el cónyuge como para el compañero supérstite acreditar un tiempo de convivencia no inferior a 5 años anteriores a la muerte 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 este orden de ideas, para ser considerado beneficiario de la prestación por sobrevivencia, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite respecto del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo *mínimo* de convivencia, sino que debe acreditarse tal calidad y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, sin que haya lugar a efectuarse distinción alguna entre el tipo de beneficiarios, acreditándose en todo caso, también la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún

en la separación, toda vez que sólo ante la demostración del perjuicio que causa la ausencia del pensionado o afiliado fallecido, puede colegirse que su muerte le ha generado la carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención (sentencia SL 11536 de 2017).
De conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales expuestos, se procede a analizar el acervo probatorio, para lo cual indica la Sala que por la demandante se aportaron las declaraciones extraprocesales de HUGO ERNESTO ROJAS (fl. 8) y PASCUAL BUITRAGO AVILA (fl. 9), quienes manifestaron conocer el matrimonio entre la demandante y el causante, su convivencia de manera permanente e ininterrumpida desde su matrimonio el 20 de junio de 1953 hasta el 13 de septiembre de 2011, asimismo que aquellos procrearon 6 hijos y que la demandante dependía económicamente del señor CRUZ. A la vez, se agregó acta de matrimonio celebrado por el rito católico el 20 de junio de 1953 (fl.6). Así mismo, se aportó certificación de la EPS Salud Total donde figura como cotizante uno de los hijos de la pareja (NELLY CRUZ VASQUEZ) y como beneficiarios tanto el causante como la reclamante de pensión de sobrevivientes (CD fl. 205).

Por otro lado, se advierten las declaraciones de los señores Hugo Ernesto Rojas, Nelly Cruz Vásquez y Nhora Elena Cruz Vásquez. El primero de ellos indicó haber sido amigo del causante, a quien conoció desde que eran niños, más o menos desde 1945 –1953, incluso cuando se casó, dijo que también fue amigo de la esposa y los hijos. Manifestó que su amigo fallecido convivió con la esposa hasta el 2011, año en el que falleció, adujo que fue al sepelio en septiembre de 2011, no obstante, advirtió que se ausentó por un tiempo debido a que estuvo en la Armada Nacional por diez años, sin embargo, en vacaciones iba a visitarlo porque era su gran amigo, precisó que vivían cerca más o menos a dos cuadras. Explicó que, también trabajaron juntos en la Caja Agraria. Anotó que conoció a las tres hijas y un hijo de su amigo. Informó que desde que conoció a la pareja, siempre los vio como esposos, siendo siempre una única familia.

Nelly Cruz Vásquez, hija de la pareja, manifestó que sus padres vivieron convivieron todo el tiempo juntos, advirtió que en virtud de que su padre lo retiraron más o menos en 1977 ella tomó el mando en la casa con los gastos, puesto que, su padre ya no trabajaba, ya lo habían retirado del empleo y trabajaba ocasionalmente en labores adicionales. Reiteró que sus padres siempre vivieron bajo el mismo techo, precisó que fueron seis hermanos y uno falleció siendo todos de los mismos padres,

adicionalmente adujo que acompañó a sus padres en la casa hasta el día en que el padre falleció y que a la fecha de su declaración vivía con la demandante.

Nhora Elena Cruz Vásquez, también hija de la pareja, explicó que durante toda la vida sus padres estuvieron juntos, nunca se separaron y aún (para el momento de la declaración) vive con su madre; agregó que, sus padres siempre fueron muy hogareños, mencionó que fueron seis hijos, todos de los mismos padres. Anotó que la familia subsistía del trabajo de su padre y este laboró hasta 1977, indicó que sus otros hermanos no trabajan, por lo que no había ingresos por parte de ellos al hogar, resaltó que vive junto con su madre y su hermana Nelly, pues sus otros hermanos ya tienen su hogar con sus parejas.

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 señora MAGDALENA VASQUEZ CRUZ era la cónyuge del señor JOSÉ ARCESIO CRUZ GALEANO, y que convivió con él en la forma requerida por las disposiciones legales y alcances jurisprudenciales vigentes. En efecto, la prueba testimonial en armonía con las documentales, permite concluir que la pareja convivió, aproximadamente casi 60 años, que tuvieron 6 hijos, y que al momento del fallecimiento del Sr. CRUZ GALEANO, éste convivía con su esposa la Señora MAGDALENA VASQUEZ CRUZ, 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, incluso de sus propios hijos, 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.

De ahí que al haber quedado demostrada la convivencia en común entre la señora Vásquez con el fallecido, se considera que le asistía 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 la sustitución pensional a favor de la demandante, es menester señalar con relación a la excepción de prescripción que la pensión de jubilación post mortem se causó entre el 05 de abril de 1991 al 13 de septiembre de 2013, y como quiera que la solicitud de reconocimiento pensional post mortem sólo fue puesta en conocimiento la UGPP con la vinculación que se le efectuó en el presente proceso en calidad de litisconsorte necesario, estima la Sala que debe tomarse como punto de partida la presentación de la presente demanda, el 29 de abril de 2015 (fl. 48), por lo que es claro que las mesadas pensionales causadas por esta prestación y que en principio por haber ingresado al patrimonio del causante en vida hacen parte de su sucesión por causa de muerte, se encuentran prescritas parcialmente con anterioridad al 29 de abril de 2012, por lo que respecto a las pretensiones económicas derivadas de esta prestación se declarará probada de manera parcial la excepción de prescripción. De igual manera, respecto a la pensión de sobrevivientes dada la fecha de fallecimiento no se encuentran cobijadas con la prescripción dichas mesadas. Motivo por el cual habrá de modificarse la decisión.

En otro giro, es de precisar que en el transcurso del presente proceso la demandante, señora MAGDALENA VÁSQUEZ DE CRUZ, falleció el 16 de febrero de 2017 (fl. 184), motivo por el cual se aceptó la sucesión procesal de los señores NELLY CRUZ VASQUEZ, DORA ELENA CRUZ VASQUEZ HILDA LUCIA CRUZ VASQUEZ y NUBIOLA CRUZ VASQUEZ, en condición de hijas de la señora MAGDALENA VASQUEZ DE CRUZ; no obstante, es de señalar que contrario a lo estimado por el juez a quo, estas personas no están facultadas para recibir a su favor o a su nombre las mesadas derivadas del retroactivo pensional causado, ello es así porque a la fecha la UGPP no las ha reconocido como herederas o legatarias de los causantes, ya que una vez fallecidos estos, es que se difiere la herencia, por lo que el retroactivo pensional a que tenían derecho en vida los esposos (ambos fallecidos), se convierte en un crédito a su favor que ha de integrar la masa sucesoral en cada caso, pues como es sabido al tenor del artículo 1012 del CC, la sucesión de los bienes de una persona se abre al momento de su muerte, por lo que será el juicio o tramite sucesoral que se adelante ante la instancia correspondiente, el que determinará a quien o a quienes les corresponde dichos retroactivos.

Es así que, si bien aquellas personas tienen la vocación de suceder tanto a su padre como a su madre, en sus derechos y obligaciones, no es dable reconocer tales

retroactivos a su favor, tanto el de la pensión de vejez como el de la pensión de sobrevivientes, pues escapa de la órbita de competencia del juez laboral determinar la calidad de herederos de las mencionadas personas, por tanto, será en el trámite de la sucesión de ambos, como ya se indicó, donde se deberá determinar a quien les corresponde y así, es deber de la UGPP reconocer y pagar dichos créditos a quienes acrediten la calidad de herederos y/o sucesores.

Frente a la imposición de los intereses moratorios, regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que si bien la H. Sala Laboral de la H. C.S.J. en la sentencia SL – 787 del 6 de noviembre de 2013, determinó que no habrá lugar a la imposición de los mismos cuando se encuentre plenamente justificado la negación del derecho invocado, bien sea porque la entidad hubiera actuado con pleno respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales, tal como se configura en el caso de marras, pues es claro que la pensión no se había reconocido inicialmente por parte de COLPENSIONES atendiendo a que le dio aplicación al entendimiento e interpretación normativa según la cual la pensión por aportes debía configurarse por los aportes efectuados ante las cajas de previsión o al Seguro Social, siendo hasta la presente sentencia que se pudo definir el derecho pensional, sumado al hecho que la parte actora nunca le reclamó la prestación que en este proceso se concede con fundamento en la ley 71 de 1988 a la demandada a la UGPP, pues la reclamación de 2010 hacía referencia a la pensión de jubilación consagrada en la Ley 33 de 1985, siendo ello razones atendibles con suficiente respaldo normativo frente a la renuencia de la demandada en proceder a su reconocimiento, de suerte que es posible dar aplicación en este caso concreto a la citada jurisprudencia que permite su exoneración. De ahí que deba confirmarse la decisión en este puntual aspecto, incluyendo la orden de indexar en forma subsidiaria el retroactivo causado.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada UGPP, 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 la UGPP, que si bien fue vinculada en calidad de litisconsorte necesaria

asumió una posición defensiva de oposición a las pretensiones, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, precisándole a la parte actora, en lo que refiere al monto de las mismas, que no es esta la oportunidad procesal para controvertirla en los términos estipulados por el artículo 366 del CGP.

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

En consecuencia, se modificará 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: REVOCAR el **ORDINAL PRIMERO** de la sentencia de primer grado, para en su lugar, DECLARAR que el fallecido señor JOSE ARCESIO CRUZ GALEANO causó el derecho a la pensión de jubilación por aportes el 05 de abril de 1991 y hasta la fecha de su fallecimiento el 13 de septiembre de 2013, en cuantía igual al salario mínimo legal mensual para esa anualidad ($51,716). Cuyo retroactivo se encuentra prescrito hasta el 28 de abril de 2012, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que la señora **MAGDALENA VÁSQUEZ DE CRUZ** tiene derecho a la sustitución pensional del señor **JOSE ARCESIO CRUZ GALEANO** a partir del 14 de septiembre de 2013 y hasta el 16 de febrero de 2017**,** de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

TERCERO: REVOCAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para en su lugar, **CONDENAR** a la **UGPP** a reconocer y pagar a quienes acrediten la calidad de herederos y/o sucesores del causante **JOSE ARCESIO CRUZ GALEANO** las mesadas pensionales por pensión de vejez por aportes causadas entre el 29 de abril de 2012 y el 12 septiembre de 2013; asimismo,

reconocer y pagar a quienes acrediten la calidad de herederos y/o sucesores de la causante **MAGDALENA VÁSQUEZ DE CRUZ** las mesadas pensionales causadas entre el 13 de septiembre de 2013 y el 16 febrero de 2017, las cuales deberán indexarse al momento de efectuar el pago, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

TERCERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la aludida sentencia, en el sentido de precisar que la prescripción de las mesadas operó respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 29 de abril de 2012, conforme a los argumentos expuestos en precedencia

CUARTO: ADICIONAR la aludida sentencia, en el sentido de AUTORIZAR a la UGPP a realizar los descuentos a que haya lugar por concepto de los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud del retroactivo pensional causado, conforme se expuso en la parte motiva de la providencia.

QUINTO: En lo demás se confirma la decisión. 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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARTHA CECILIA HERNANDEZ DE SANCHEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES. Rad. 110013105-015-2020-00197-01.

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 actora contra la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de julio de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA CECILIA HERNANDEZ DE SANCHEZ** pretende declarar que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes establecida en el Artículo 25 y Literal B) del Artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en virtud del Principio de la Condición más Beneficiosa, con ocasión del fallecimiento de su cónyuge, el señor ALVARO SANCHEZ MORA, como consecuencia, se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a pagarle la pensión de sobrevivientes, a partir del día veintitrés (23) de junio de 2004, fecha del fallecimiento de su cónyuge, y consecuentemente, se condene al pago de los intereses moratorios aplicados a los valores adicionales dejados de

percibir, de conformidad con lo previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así como las mesadas debidamente indexadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, relató que el señor ALVARO SANCHEZ MORA nació el día 17 de mayo de 1956, que fue afiliado desde el día 29 de enero de 1979, al régimen privado de los Seguros Sociales Obligatorios del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –ISS, que durante la afiliación al ISS el causante cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen común, y desde el día 29 de enero de 1979 hasta el 30 de junio de 1995, cotizó un total de 777 semanas. Precisó que el causante aportó al 01 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 un total de 774,43 semanas. Informó que contrajo matrimonio católico con el fallecido el día 22 de septiembre de 1979, adujo que, de la unión marital nacieron sus hijos Yanneth Bibiana, Fernando Alexander y German Orlando Sánchez Hernández, hoy todos mayores de edad. Relató que el 23 de junio de 2004, falleció el señor ALVARO SANCHEZ MORA, Q.E.P.D., por causa de origen común, indicó que el 19 de marzo de 2014 solicitó a COLPENSIONES, con radicado No. 2014_2272080, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, manifestó que en respuesta COLPENSIONES, por medio de la Resolución No. GNR 272629 de 30 de julio de 2014 le negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, bajo el argumento de que no acreditaba las condiciones establecidas en el Art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificada por el art. 12 de la Ley 797 de 2003, no obstante, el 07 de mayo de 2019, solicitó nuevo estudio de la pensión de sobrevivientes al ISS, con Rad. No. 2019_5941543, para lo cual, en Acto Administrativo No. SUB 151723 de 13 de junio de 2019, le fue negado el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, para lo cual instauró los recursos de vía gubernativa en contra de la Resolución No. SUB 151723 de 13 de junio de 2019. Añadió que, durante el procedimiento administrativo se determinó su calidad de beneficiada y cónyuge supérstite del señor ALVARO SANCHEZ MORA, Q.E.P.D. Agregó que dependió económicamente del afiliado y cónyuge, nunca ha recibido algún tipo de pensión, salarios, rentas o subsidios, no tiene bienes de fortuna u otros ingresos necesarios para su subsistencia y la carencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ha afectado directamente la satisfacción de sus necesidades básicas, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas. (Exp. Digital. 06EscritoDeSubsanacion Págs. 44 a 65).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La **ADMNINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones argumentando que, sobre las pretensiones de la parte demandante la prestación debe estudiarse en vigencia de la Ley 797 de 2009 siendo ésta la norma vigente a la fecha de fallecimiento, manifestó que, el afiliado no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes a la demandante, conforme el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Informó que teniendo en cuenta la historia laboral del demandante, no cumple con el requisito de las 50 semanas durante los últimos tres años del fallecimiento. Añadió que la condición más beneficiosa debe aplicarse únicamente cuando el siniestro (Fallecimiento o invalidez) es ocurrido en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo cual, en este caso específico, mencionó que no se aplica, ya que el causahabiente, murió en vigencia de la Ley 797 de 2003. Detalló que, en este caso en específico, no puede solicitarse una prestación económica bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta que no es la norma inmediatamente anterior a la vigente al momento del fallecimiento y no puede indicarse que tenía un derecho legítimo sobre el mismo. Recordó que, el principio de condición más beneficiosa no puede tener un alcance discrecional sino mesurado, es decir, que atienda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad de tal manera que se delimite: (i) quienes pueden beneficiarse del principio, pues claramente no puede cobijar a quienes tengan una mera expectativa y, (ii) que exista una transición normativa, esto es, la sucesión inmediata entre la expedición de una ley en reemplazo de otra, y no, el abarcamiento de una sucesión histórica de leyes sobre una materia. Formuló excepciones de fondo, las de «prescripción», «no configuración del, derecho al pago de intereses moratorios», «presunción de legalidad de os actos administrativos», «cobro de lo no debido», «buena fe», y «declaratoria de otras excepciones» (Exp. Digital. 10MemorialContestacion)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 28 de julio del 2021, absolvió a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas y condenó en costas a la parte actora.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que, no fue motivo de discusión la condición de afiliado al ISS, que tenía el señor ALVARO SANCHEZ MORA, lo cual

determinó que ante el fallecimiento del mismo y conforme consta en registro de defunción, consta que él murió el 23 de junio de 2004, lo cual, ante el fallecimiento del afiliado a la AFP, hace surgir el posible derecho de la pensión de sobrevivientes, la cual se regula por la norma vigente al momento del fallecimiento, es decir, la Ley 797 de 2003, la cual establece los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre y cuando este hubiere cotizado 50 semanas dentro de los tres últimos años anteriores al fallecimiento, por lo que precisó que, entre el 23 de junio de 2001 y el 23 junio de 2004, el causante debió haber cotizado 50 semanas, pero conforme el material probatorio se tuvo que dejo e cotizar el día 05 de mayo de 1995, es decir, para el año 2004, habían pasado 9 nueve años y ya había dejado de cotizar al sistema, por lo que no cumple los presupuestos que establece la norma mencionada, de haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores. Argumentó que la Corte Constitucional, en la línea jurisprudencial consolidada en la Sentencia SU-005 de 2018 ha considerado que no necesariamente se debe aplicar bajo la figura de la condición más beneficiosa la norma anterior, sino que, se pueden aplicar normas con mayor anterioridad, mientras que la Corte Suprema de Justicia considera que únicamente aplica esta condición más beneficiosa dado su carácter excepcional frente a la norma inmediatamente anterior, es decir, la Ley 100, que preceptúa como requisito para tener el derecho a la pensión, 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior, caso en el cual no cumpliría el causante con este precepto, explicó que frente a lo dispuesto por la Corte Constitucional, la demandante cumpliría el requisito para la pensión de sobrevivientes, en la medida que al 01 de abril de 1994, tenía el fallecido 774 semanas, cumpliendo los requisitos de más de 300 semanas en cualquier época. No obstante, advirtió que el Despacho acogía el razonamiento de la Corte Suprema de Justicia frente a la aplicación de la condición más beneficiosa, considerando que es una figura excepcional que permite la aplicación y mantener la vigencia de la norma inmediatamente anterior a la vigente al momento del deceso, siendo imprudente que el fallador haga un ejercicio histórico frente a normas derogadas para dilucidar la que permite reconocer el derecho, desconociendo la voluntad del legislador de modificar las preceptivas normativas, en consecuencia, debe ser aplicada la norma inmediatamente anterior a la vigente al momento de fallecimiento del causante y por lo tanto absolver a la parte demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandante apeló la decisión argumentando que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el principio de la condición más beneficiosa acorde con el Acto Legislativo 01 de 2005, expuso que para la Alta Corporación, este principio no da lugar a la aplicación retroactiva del Acuerdo 049 del año 1990 y otros Regímenes anteriores, por tanto, indicó que el hecho de que el cotizante hubiera realizado aportes pensionales, por lo menos, por el número mínimo de semanas, previsto en dicha normativa, sumado a la muerte del cotizante tras la expedición de la Ley 797 de 2003, no genera el derecho a recibir pensión de sobrevivientes para el beneficiario, señaló que esta regla consideró la aplicación retroactiva de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 para efectos del cómputo de las semanas mínimas de cotización, únicamente en aquellos supuestos en los que la muerte del afiliado hubiere acaecido dentro de los tres años posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, mencionó que para la Corte Constitucional esta regla resulta proporcionada y contraria para los derechos fundamentales cuando quien pretenda acceder al mismo sea una persona vulnerable, que para el caso en concreto, es una persona de la tercera edad, no tiene la ayuda de sus hijos y debe incorporarse al mercado laboral para subsistir dignamente, explicó que, para estos casos, los fines que persigue el Acto Legislativo 01 de 2005 hace viable al Sistema de Seguridad Social en condiciones de igualdad, de modo que, solo respecto de personas resulta proporcional el principio de la condición más beneficiosa, en el sentido de aplicar de manera retroactiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto al primer requisito de semanas de cotización para efectos de valorar el otorgamiento de la prestación económica, aunque el segundo requisito, la condición de la muerte del afiliado, hubiera acaecido en vigencia de la Ley 797 de 2003, pues si bien estas personas vulnerables no adquirieron el derecho a la pensión de sobrevivientes en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, los aportes del afiliado bajo dicho régimen, dieron lugar a una expectativa, que por las circunstancias particulares ameritan protección constitucional. Anotó que atendiendo el principio de in dubio pro operario es procedente acceder a la interpretación más favorable para el trabajador manifestada por la Corte Constitucional. Finalmente advirtió que se acreditan las condiciones establecidas en el test de procedencia de la Sentencia SU-0005 de 2018.

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 guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión, determinar si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, verificando para tal efecto, el principio de la condición más beneficiosa.

CONSIDERACIONES

Con la finalidad de resolver el problema jurídico, es necesario señalar que se acreditó que el señor ALVARO MORA SÁNCHEZ falleció el 23 de junio de 2004, tal y como se advierte del registro civil de defunción obrante a folio 09 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 fallecida, pues conforme se advierte del resumen de semanas cotizadas (fl. 5) entre el 23 de junio 2001 y el 23 de junio de 2004 no fue realizada ninguna cotización, y se debe acotar que la última cotización efectuada por el causante Álvaro Sánchez Mora fue en mayo de 1995, 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.

Así las cosas, se procede al análisis de la pretensión con base en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, conforme se solicita desde el libelo introductorio y en la apelación que ahora nos ocupa, al afirmarse que acreditó las 300 semanas exigidas en el acuerdo 049 de 1990.

Ahora bien, al acoger el criterio expuesto por la H. Sala Laboral de la CSJ en la

sentencia SL 4650 de 2017, por medio de la cual se abordó la definición conceptual del principio objeto de estudio, del cual recordó que su aplicación consiste en la posibilidad de la aplicación retrospectiva de la ley, pero sólo para aquellos casos en que el derecho sustancial se afecte en el tránsito legislativo, bien sea porque conservaba un derecho adquirido o porque tenía una expectativa legítima de su configuración, pues en esos eventos lo que se persigue es la salvaguarda del derecho sustancial ante el cambio legislativo de la norma social.

En dichas condiciones, determinó que el principio de la condición más beneficiosa entratándose del tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, sólo puede activarse para aquellos afiliados que fallecieron durante los 3 años posteriores a la nueva ley, es decir del 29 enero de 2003 al 29 de enero de 2006, pues éste fue el periodo en que se puede alegar que se presentó una desmejora en el reconocimiento prestacional, pues la nueva norma contempló ese periodo para la adquisición del derecho a la pensión de sobrevivientes, toda vez que luego de trascurrido ese lapso de tiempo todos los ciudadanos entran a regirse por sus disposiciones en un plano de igualdad, toda vez que recordó que la modificación legislativa no correspondió a una medida regresiva, pues por el contrario amplió el término para acreditar el cumplimiento de los requisitos, medida que se tomó en el contexto laboral y los efectos paliativos del desempleo, por lo que no se violó el principio de progresividad de las normas sociales según el artículo 26 de la CADH.

La solución anterior, la dio la alta Corporación bajo el entendimiento de que en aplicación del principio de la condición más beneficiosa al aplicar retrospectivamente la ley, sólo puede serlo por un término razonable sin que se entienda que pueda extenderse de manera indefinida en el tiempo, pues su observancia palía los efectos negativos en un tránsito legislativo, más no perpetúa un derecho en forma indefinida en el tiempo (dicha línea de pensamiento se ha mantenido incluso, en las sentencias CSS SL3773-2021, SL2843-2021 y SL2538 entre otras muchas).

El anterior criterio jurisprudencial es acogido por la Sala de Decisión, y en virtud del mismo se concluye que en el presente asunto no hay lugar a aplicar el principio de la condición más beneficiosa, pues si bien la muerte de la asegurada se dio el 23 de junio de 2004, no es menos cierto que para ese momento no era cotizante activa, al momento del tránsito legislativo no contaba con 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento y tampoco al momento de su muerte, razón por la que se colige que no hay lugar a estudiar el derecho

pretendido bajo la égida de la Ley 100 de 1993 en su versión original, ni mucho menos bajo el manto del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad, dado que este perdió su vigencia con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, y por tal razón se confirmará la decisión de primer grado.

No desconoce la Sala que la H. Corte Constitucional sostiene el criterio contrario, tal como lo expuso en la sentencia SU 442 de 2016, por medio de la cual se dijo que el principio de la condición más beneficiosa no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, criterio del cual se aparta ésta Colegiatura conforme al criterio jurisprudencial acogido de la H. Sala Laboral de la CSJ; la cual por demás también se aparta de la sentencia SU-05-2018 que estableció la posibilidad de aplicar de forma plus ultractiva la condición más beneficiosa, tal y como se indicó en la sentencia SL1884-2020, donde precisó que *«en la práctica, esa decisión significa la aplicación absoluta e irrestricta del principio de la condición más beneficiosa e impone reglas diferentes a las legales para el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, las cuales, a su vez, pueden afectar la eficacia de las reformas introducidas al sistema pensional. Así mismo, desconoce los principios de aplicación en el tiempo de la legislación de seguridad social, principalmente los de aplicación general e inmediata y de retrospectividad»*.

Así pues, como se evidencia, de manera clara explica la razón del por qué no puede concebirse una aplicación histórica de normas derogadas, pues tal proceder viola el principio de retrospectividad de la ley, el cual sólo puede admitirse por un espacio temporal corto y razonable, pues de lo contrario estaría haciendo pervivir en el tiempo normas derogadas que ya no atienden los nuevos contextos sociales que rigen la seguridad social.

En consecuencia, 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,

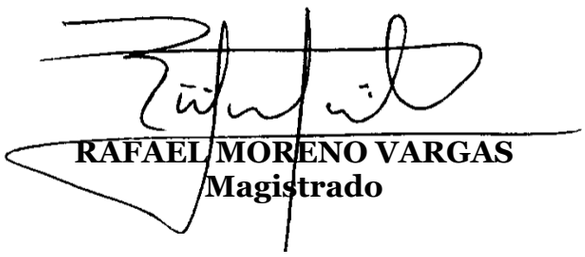
RESUELVE

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

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

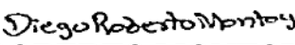
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CONSUELO DE JESUS RUEDA MEDOZA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y OTROS. Rad 110013105-024-2019-00137-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y las accionadas PORVENIR S.A. y la UGPP, contra la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de julio de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones y la UGPP (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **CONSUELO DE JESUS RUEDA MENDOZA**, promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia de su afiliación a la AFP PORVENIR S.A., por estar viciado su consentimiento, por ende, no hubo solución de continuidad en su vinculación a CAJANAL, hoy UGPP. En consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar todos los aportes, rendimientos e intereses a su favor a la UGPP, quien deberá ser su administradora de fondo de pensiones. Igualmente, condenar a la UGPP a activar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD y a reconocer y pagar su pensión de vejez de acuerdo a la Ley 33 de 1983. Además, se condene a la UGPP al pago del retroactivo pensional e intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Finalmente, se condene a las entidades demandadas al pago de

los perjuicios morales establecidos en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, junto con las costas y agendas en derecho, así como a las condenas extra y ultra petita.

De manera subsidiaria, pretende que se condene a COLPENSIONES a recibir su afiliación por ser la única administradora del RPMPD y a reconocer su pensión de acuerdo a la Ley 33 de 1985, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios y perjuicios morales. Como segunda pretensión subsidiaria, pretende que se condene a la UGPP a tenerla como afiliada por haber reunido los requisitos previstos en el Decreto 3995 de 2008, igualmente, se condene a la UGPP a reconocer y pagar su pensión de vejez, de conformidad con la Ley 33 de 1985, junto con la demás pretensiones principales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 23 de octubre de 1958 y laboró para la ESE Hospital San Judas Tadeo de Simití desde el 01 de agosto de 1981 hasta el 11 de febrero de 2008, acreditando 27 años de servicio como servidora pública, aclarando que para el 01 de abril de 1994 tenía más de 35 años de edad. Explicó que cotizó a CAJANAL desde el 01 de agosto de 1981 hasta el 30 de octubre de 1996, mientras que, en PORVENIR S.A. estuvo vinculada desde el 01 de noviembre de 1996 hasta el 30 de diciembre de 1998 y retornó a CAJANAL desde el 01 de enero de 1999 hasta el 11 de febrero de 2008. Manifestó que su afiliación a CAJANAL fue suspendida por su vinculación a PORVENIR S.A. el 02 de agosto de 1994, por ser la fecha en la que suscribió el formulario de afiliación al fondo privado, momento en el que el asesor no le informó de manera correcta las características del RAIS, ni la forma de retornar al RPMPD, ni las desventajas de su afiliación. Aseveró que el 01 de enero de 1999 su empleador ESE Hospital San Judas Tadeo de Simití, comenzó a pagar sus aportes a pensiones a CAJANAL, por petición suya, teniendo la convicción de que esa era su AFP, no obstante al solicitar su reconocimiento pensional fue negado por existir un traslado vigente a PORVENIR S.A. Manifestó que al conocer que su mesada pensional en la AFP PORVENIR, ascendería apenas a un salario mínimo legal mensual vigente, elevó solicitud a la UGPP solicitando su reconocimiento pensional, sin embargo, la entidad explicó que pese a que su empleador certifica la consignación de los aportes a CAJANAL, lo cierto es que una vez hecho el cruce de información en la página de bonos pensionales, los aportes aparecen cotizados al ISS, hoy COLPENSIONES. Señaló en vista de su solicitud de reconocimiento pensional ante PORVENIR S.A., la UGPP se declaró incompetente para realizar un estudio pensional y el fondo privado negó la solicitud de nulidad de la afiliación. Precisó que la UGPP mediante auto del 07 de mayo de 2018 concluyó que su afiliación con el fondo privado estaba vigente, sin ceñirse a los parámetros fijados para la multi afiliación en el Decreto 3995 de 2008.

Aseguró que su mesada pensional en el RPMPD sería más alta que en el RAIS, pues equivaldría a $1.107.000. Agregó que elevó solicitud ante COLPENSIONES solicitando la nulidad de la afiliación al RAIS, sin embargo, su pedimento fue negado (Fls. 4 a 26).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando que la demandante debió cumplir con su obligación de informarse sobre las consecuencias del traslado de régimen, pues es una información de público conocimiento por estar contenida en la ley, de tal forma que no existió ningún vicio en el consentimiento. Señaló que para el momento del traslado de régimen de la demandante, no existía regulación de la forma en la que los fondos deben brindar información a los afiliados, pues aquella obligación entró en vigencia con el Decreto 2241 de 2010. Propuso como excepciones de fondo, las de «buena fe en las actuaciones de Colpensiones», «el hecho de un tercero», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado», «Inobservancia del principio constitucional desarrollado en el ar5tículo 48 Constitucional adicionado por el Acto legislativo 01 de 2005)», «Prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 113 a 150).

La **UGPP**, contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen efectuado por la demandante e incluso CAJANAL sólo acató la orden de trasladar los aportes al RAIS, en cuando se realizó el cambio de régimen. Indicó que sólo tiene el deber de reconocer y pagar los derechos pensionales de quienes causaron su derecho a cargo de las entidades públicas del orden nacional liquidadas, sin incluir a COLPENSIONES o los fondos del RPMPD. Añadió que la AFP PORVENIR S.A., fue quien omitió brindar la información comprensible y completa a la demandante sobre su elección del régimen pensional. Formuló como excepciones de mérito las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia de la obligación», «Prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 152 a 157).

A su vez, la AFP **PORVENIR S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una las pretensiones, argumentando que para el momento del traslado de régimen, la demandante no contaba con 750 semanas de cotización, aunado a que aquella renunció a los beneficios del régimen de transición. Aseguró que el fondo le brindó una asesoría verbal a la actora, por lo que aquella de forma libre se afilió al

RAIS, precisando que para esa data no existía regulación sobre la naturaleza de la información que debían otorgar las AFP, pues aquella sólo surgió con el Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015. Afirmó que la demandante esta válidamente afiliada al RAIS, por no que no procede su traslado a COLPENSIONES, como sucesora de CAJANAL. Propuso como excepciones las de «Prescripción», «Prescripción de la acción de nulidad», «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «Buena fe» (fls. 208 a 232).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 12 de julio de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS efectuado por PORVENIR S.A., por lo que siempre permaneció en el RPMPD representada por COLPENSIONES, en la actualidad. Por lo anterior, ordenó a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante y que se hayan causado con posterioridad a la liquidación definitiva de CAJANAL el 12 de julio de 2009, incluyendo bonos, cotizaciones, frutos e intereses, mientras que los valores causados desde 1996 a 1998 deben ser enviados a la UGPP. Igualmente, condenó a la UGPP a reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante, de conformidad con el artículo 1 de la Ley 22 de 1985, a partir del momento en el que se acredite su retiro efectivo del sistema.

Para arribar a las anteriores conclusiones, señaló, en síntesis, que las AFP tienen la obligación de brindar información suficiente y oportuna a los afiliados, pues de no ser así la afiliación carece de validez, tal como lo dispone el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, precisando que la información suministrada debe ser a la medida de la asimetría que existe entre un afiliado lego y un profesional en pensiones. Aclaró que conforme con el principio de la carga de la prueba establecida en el CGP, le corresponde al fondo privado, esto es, PORVENIR S.A. acreditar el cumplimiento del deber de información, no obstante, sólo allegó el formulario de afiliación para tal fin, documento que no demuestra la calidad de la información que le fue suministrada a la demandante. Por lo anterior encontró que PORVENIR no cumplió con la carga de la prueba y por ende, la afiliación de la demandante carece de validez, siendo procedente tenerla como afiliada al RPMPD. Precisó que CAJANAL quedó temporalmente habilitada para recibir los aportes del RPMPD respecto de sus afiliados, hasta cuando se ordenó su liquidación mediante el Decreto 2126 de 2009, mientras que la Ley 1151 de 2007 creó la UGPP y le encargó el reconocimiento de las obligaciones pensionales del RPMPD que estuvieran a cargo de las entidades

públicas liquidadas. Explicó que el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, ordenó que la única administradora del RPMPD fuera el Instituto de Seguros Sociales-ISS y dispuso que las cajas de previsión social existentes para la entrada en vigencia de esa norma, administraran los recursos de sus afiliados hasta su extinción. Manifestó que CAJANAL estuvo transitoriamente habilitada para administrar las cotizaciones de la demandante, por cuanto estuvo vinculada al RPMPD, agregando que cuando se liquidó la entidad se dispuso el traslado de los afiliados al ISS, hoy COLPENSIONES, quien debe recibir los valores que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, siempre que se hayan causado con posterioridad a la liquidación de CAJANAL, mientras que los aportes restantes, sufragados antes de la supresión de la entidad correspondientes al periodo de 1996 y 1998 deberán ser transferidos a la UGPP, por estar afiliada a CAJANAL.

De otro lado, señaló que la Ley 33 de 1983 estableció que el empleado oficial que haya prestado 20 años de servicio continuos y haya cumplido 55 años de edad, tendrá derecho al pago de una pensión de jubilación, encontrando que la actora cumplió con el tiempo de servicio requerido, pues laboró para la ESE Hospital San Judas Tadeo de Simití desde el 01 de agosto de 1981 hasta el 11 de febrero de 2008. Aclaró que la demandante cumplió la edad de 55 años en el año 2013, empero conservó el régimen de transición porque cumplió con el límite temporal establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, pues para esa data tenía cotizadas más de 1200 semanas. En ese orden, concluyó que la demandante tiene derecho a la pensión de jubilación establecida en la Ley 33 de 1983, sin embargo, no consideró posible determinar una fecha de inicio del disfrute pensional, dado que la aquella no acreditó su retiro del sistema general de pensiones. Aseveró que el Decreto 169 de 2008 encargó a la UGPP del reconocimiento de los derechos pensionales a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del RPMPD del orden nacional, causados hasta su cesación de actividades como administradoras, explicando que la demandante cumplió con el tiempo de servicio requerido mientras estaba afiliada a CAJANAL y fue desvinculada del cargo en el 2008, momento en el que dicha Caja aún existía, por lo que le corresponde a la UGPP reconocer y pagar la prestación. Manifestó que no se probó el daño como elemento estructural de la reparación integral, por lo que no procede el pago de perjuicios morales, aunado a que no hay lugar al pago de intereses moratorios porque el derecho se causó con motivo de la declaratoria de ineficacia. Finalmente, indicó que no hay lugar a la condena en costas porque las actuaciones de las partes se circunscribieron sólo a efectuar notificaciones y asistir a audiencias.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la **DEMANDANTE,** presentó recurso de apelación parcial en contra de la fecha de causación del derecho, argumentando que según la certificación laboral obrante a folio 29 del plenario, la demandante se desvinculó de la ESE Hospital San Judas Tadeo de Simití el día 11 de febrero de 2008 y cumplió 55 años de edad el 23 de octubre de 2013, por lo que desde esa fecha debe efectuarse el reconocimiento pensional. También manifestó que es procedente el pago de los perjuicios morales, por cuando se probó el daño causado a la demandante con ocasión del actuar culposo de la AFP PORVENIR, por no haber entregado la información oportuna y suficiente, impidiendo que pueda recibir la pensión de vejez desde su causación, hace más de ocho años. Aseveró que es dable el pago de intereses moratorios, toda vez que por la actitud despreocupada de la UGPP es que la demandante no recibió la prestación desde su causación. Finalmente, solicitó se condene en costas a la AFP PORVENIR y a la UGPP, toda vez que por su actuar fue necesario acudir a la jurisdicción y fueron derrotadas en juicio.

Por su parte, el apoderado judicial de la **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión, argumentando que la voluntad de las partes plasmada en el formulario de afiliación debe ser respetada, toda vez que la demandante de forma expresa aceptó el traslado por considerar que era lo mejor para su futuro pensional. Señaló que para la fecha del traslado de régimen de la demandante, no existían todos los deberes a cargo de la AFP, por lo que la asesoría fue verbal y no debía realizar una proyección pensional. Aseveró que existieron actos de relacionamiento que permiten colegir la voluntad de la demandante se permanecer en el RAIS, pues gestionó la redención de bono pensional y solicitó el reconocimiento pensional y la devolución de aportes. Afirmó que la demandante sí recibió información por parte del fondo, aclarando que el hecho de que no se haya realizado la proyección pensional o no se hayan advertido las posibles desventajas, no significa que se haya vulnerado el derecho pensional de la demandante, por cuanto para esa época no era posible determinar si se iba a adquirir el derecho. Señaló que la inconformidad con el monto de la mesada pensional, no es suficiente para declarar la ineficacia, pues para esa época ni siquiera se conocía si la actora iba a alcanzar el derecho. De otro lado, argumentó que no es dable efectuar la devolución de los gastos de administración, por cuanto aquellos son de destinación legal y no se encuentran en poder del fondo, dado que fueron destinados a cubrir los gastos que implica la correcta administración de los recursos de la demandante, manifestando que carece de sentido ordenar la devolución de unos emolumentos que se utilizaron para generar rendimientos a favor de aquella. Adujo que los aportes pertenecen a los afiliados, sin embargo los gastos de administración son valores que la AFP tiene derecho a conservar. En ese orden, solicitó que se revoque

la decisión de primera instancia o que no se ordene la devolución de los gastos de administración.

Finalmente, el apoderado judicial de **UGPP** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, argumentando para tal efecto, que no son procedentes las pretensiones de la demanda y que la entidad no es la legitima para reconocer y pagar la pensión a la demandante, pues tal reconocimiento tiene como base la declaratoria de nulidad de un traslado entre administradoras de fondos de pensiones, acto en el cual no tuvo injerencia alguna. Manifestó que el acto fraudulento fue realizado por otra entidad, aclarando que CAJANAL sólo obedeció la orden de traslado de aportes porque la demandante se había afiliado al RAIS. Arguyó que la Ley 1151 de 2007 asignó a la UGPP la función de reconocer los derechos pensionales causados a cargo de las entidades públicas del orden nacional liquidadas que tuvieran a su cargo reconocimiento de pensiones, excluyendo las prestaciones a cargo de COLPENSIONES o de los fondos privados. Resaltó que la UGPP no efectuó el traslado de régimen, ni actuó de mala fe, sino que fue PORVENIR quien no brindó la información a la actora, por lo que no debe reconocer, ni pagar la pensión. Arguyó que la AFP encargada de reconocer la prestación es la llamada a recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante, pues con ellos se pagará la pensión. Adujo que no es procedente condenar al pago de intereses moratorios, toda vez que la UGPP no era la encargada de resolver de fondo la solicitud de pensión, en tanto no era la administradora de los aportes de la demandante, estando imposibilitada para realizar un reconocimiento 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, la parte actora presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en el recurso de alzada, solicitando se revoque parcialmente la decisión de primera instancia. Las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR presentaron alegatos de conclusión solicitando se revoque el fallo de primera instancia. Por su parte, la UGPP 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. Igualmente, procede dilucidar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación establecida en la Ley 33 de 1985.

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 27 del expediente obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 23 de octubre de 1958, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2015, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 13 julio de 2018 (Fls. 86-88), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad 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, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 12 años, 5 mes y 25 días de servicios cotizados a CAJANAL (fls. 29 a 34), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, 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 02 de agosto de 1994 (fl. 35), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

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

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las

AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen el 02 de agosto de 1994 (FL. 35), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR.

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 (02 de agosto de 1994), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado 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, 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, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «*en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021).*

Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

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 importa que la demandante sea o no beneficiaria del régimen de transición (que lo es) 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.

De otra parte, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL, basta con indicar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende que al estar afiliado a dicha Caja de previsión social, continuó después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993), afiliada al régimen de prima media con prestación definida, incluso 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, siendo 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, máxime teniendo en cuenta, que la UGPP conforme el artículo 3 de la misma disposición normativa, al liquidarse CAJANAL, únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de sus cotizantes, máxime, en el caso que nos ocupa, cuando la actora cumplió la edad para adquirir la pensión con posterioridad a que CAJANAL dejó de existir, quedando vinculada automáticamente en virtud de

la ineficacia del traslado que acá se declara, a COLPENSIONES entidad de que debe recibirla en estos precisos términos.

En lo que atañe al reconocimiento pensional deprecado y que concedió la Juez A quo, evidencia la Sala de Decisión, ab initio, que deberá ser revocada, en tanto y cuanto se encontró acreditada la calidad de empleada pública de la demandante, al servicio de la ESE HOSPITAL SAN JUDAS TADEO en el cargo de Secretaria (folios 29 a 34 y 37), configurándose de este modo una falta de jurisdicción frente a este puntual aspecto.

En efecto, desde el escrito introductorio la demandante señala tanto en el acápite de los hechos como en el de las pretensiones, que es beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que se le debe aplicar en aras de alcanzar el derecho pensional lo estipulado en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985. Asimismo, señala que laboró por más de 26 años en el sector público como servidora de la aludida ESE, entidad de orden público, lo cual se sustentó con la certificación visibles a folio 29 del expediente con las cual se acredita que laboró entre el 01 de agosto de 1981 y el 11 de febrero de 2008, advirtiéndose con ligera facilidad que el demandante fungió como empleado público, pues esa es la calidad que por regla general ostentan los servidores de las Empresas Sociales del Estado, excepto los que «*desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales en las mismas instituciones»*, por el contrario se certifica que tenía el cargo de *Secretaria* de la cual deriva la calidad de empleada público de la accionante. En tal sentido, este Tribunal no evidencia ninguna de las hipótesis excepcionales para concluir que la vinculación de la demandante estuviese regida por un contrato de trabajo.

De otra parte, para esta Sala – *Prima Facie*- es una realidad que la actora es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que al 1° de abril de 1994, tenía cumplido más de treinta y cinco años de edad, al haber nacido el 23 de octubre de 1958, tal y como se extrae de la copia de la cédula de ciudadanía glosada en el folio 210 del expediente.

Entonces, al ostentar la el demandante la condición de empleado público, no es la jurisdicción laboral la competente para resolver sobre las pretensiones por pensión de vejez aplicando la Ley 33 de 1985 por ser beneficiaria del régimen de transición, lo cual impide que este Tribunal emita la decisión de fondo pretendida por la demandante, dado que no es esta jurisdicción la llamada a resolver lo pretendido

por la accionante, sino, por el contrario, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo quien debe resolver sobre esos anhelos.

No sobra advertir que si bien el artículo 2º del C.P.T. y de la S.S., modificado por el 2º de la Ley 712 de 2001, fijó la competencia de las controversias referidas al régimen de seguridad social integral que se susciten entre un afiliado y una entidad administradora o prestadora en la jurisdicción ordinaria <especialidad laboral>, también es una realidad que al solicitarse en este caso la aplicación exclusiva de la Ley 33 de 1985, que viene a ser un régimen que no hace parte del sistema de seguridad social integral creado por la Ley 100 de 1993, se conservan las competencias que para el efecto aparecen señaladas tanto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo como en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el caso, y por ello, se hace necesario establecer previamente la clase de relación laboral que sostuvo el afiliado con su empleador, así como los actos jurídicos que se controviertan, de ahí que se debe respetar lo previsto en las normas adjetivas o de carácter procesal.

De tal modo que habrá de revocarse la decisión en este puntual aspecto.

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, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, por sustracción de materia no se revisan los demás puntos expuestos en la apelación y por tanto se revocará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido que la AFP PORVENIR debe trasladar a COLPENSIONES todos los emolumentos y/o conceptos allí indicados por todo el tiempo que estuvo vinculada al RAIS, con el alcance de los argumentos expuestos en precedencia.

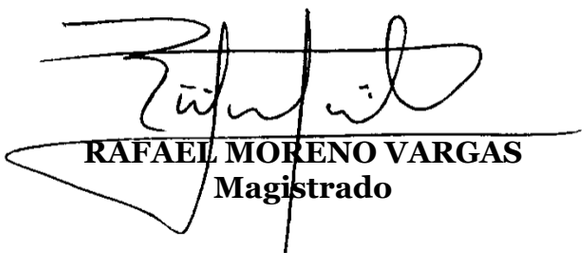
SEGUNDO: REVOCAR EL ORDINAL CUARTO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **ABSOLVER** a la **AFP PORVENIR S.A.** de la orden allí impuesta con relación a la **UGPP**, con el alcance de los argumentos expuestos en precedencia.

TERCERO: REVOCAR LOS ORDINALES QUINTO Y SEXTO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **ABSOLVER** a la **UGPP** de las condenas allí impuestas, con el alcance de los argumentos expuestos en precedencia.

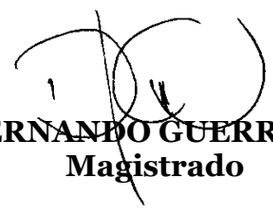
CUARTO: CONFIRMAR la decisión en todo lo demás. Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por DORIAN LETICIA BETANCOURT MEJIA contra COLPENSIONES y OTROS. Rad. 110013105-031-2020-00213-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, 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 el apoderado judicial de la accionada AFP PORVENIR contra la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 11 de junio de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **DORIAN LETICIA BETANCOURT MEJIA** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado el 01 de julio de 1997 del Régimen de Prima Media administrado en su momento por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.; por la falta de información veraz y suficiente. En consecuencia, se condene ordene a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros depositados en la cuenta individual de ahorro de la demandante, todo con sus respectivos rendimientos, seguros previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual; se ordene a COLPENSIONES reactivar la afiliación al RPMPD sin solución de continuidad. Se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho, así como lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 02 de septiembre de 1960; para el 1º de abril de 1994, le aparecen reportados aportes al régimen de prima media con prestación definida 166.9 semanas. Que laboró para distintos empleadores entre el 11 de julio de 1978 y el 10 de noviembre de 1992, y hasta la fecha, como empleada pública del Hospital Local del municipio de La Macarena. Que el 23 de junio de 1997, por una mala asesoría, la actora se traslada del RPMPD al régimen de ahorro individual que maneja la AFP PORVENIR S.A., hasta la fecha de hoy. Que para el año 2019, hacía aportes al sistema general de pensiones con un ingreso base de cotización de $1.926.900,00, como empleada pública, de la E.S.E. SOLUCION SALUD DEL META, habiendo cotizado al Sistema General de Pensiones más de 1.500 semanas al 01 de marzo de 2020. Que atendiendo las recomendaciones del promotor del fondo de pensiones PORVENIR, se traslada el 23 de junio de 1997 de régimen; informándole éste en su momento, que no perdería ningún beneficio si se trasladaba de régimen; que podría pensionarse con una mesada superior a la que recibiría en el régimen de prima media; que tendría derecho a excedentes de libre disponibilidad que podría utilizar para el pago de la educación de sus hijos, entre otros; y que el ISS se acabaría prontamente. Los funcionarios de PORVENIR S.A. omitieron advertirle las consecuencias negativas que le causaría el traslado del régimen de prima media con prestación definida que hoy administra COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual que maneja PORVENIR S.A. Tampoco le informaron que si seguía en el régimen de prima media, cuando cumpliera los 57 años (el 02 de septiembre de 2017) hubiera podido pensionarse con el promedio del ingreso base de liquidación de los últimos diez años anteriores al reconocimiento de la pensión; o sobre los ingresos de toda la vida laboral, si éste le resultaba más favorable, si para ese momento hubiera cotizado 1.250 semanas como mínimo, de acuerdo a lo previsto en el segundo inciso del artículo 21 de la Ley 100 de 1993. De otra parte, antes de cumplir sus 47 años (02 de septiembre de 2007), no recibió de parte de PORVENIR S.A. asesoría profesional respecto de la posibilidad de regresar de nuevo al régimen de prima media con prestación definida. Que como consecuencia de lo anterior, quedó inmersa dentro de la restricción de los 10 años para trasladarse de régimen, según lo previsto en la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 de 2003. La simulación pensional realizada el 27 de agosto de 2019 por PORVENIR S.A., sobre la mesada pensional que obtendría con ellos a septiembre 2 de 2020, cuando cumpla los 60 años, cotizando 12 meses al año, sería la suma de $828.116.00, de acuerdo a un saldo de capital acumulado a esa fecha. Señaló que si no se hubiera trasladado al fondo privado de pensiones, la mesada pensional a que tuviera derecho por parte de COLPENSIONES, una vez cumplidos los 57 años de edad, el 02 de septiembre de

2017, haciendo el cálculo con el promedio del salario de los últimos diez años, que asciende a $1'323.077.00, y 1.402 semanas que reportaría a octubre de 2019, con una tasa de reemplazo del 85% una vez efectuadas las operaciones aritméticas conforme a lo establecido en el artículo 34 de la ley 100/93, la mesada ascendería a la suma de $1.124.615.00, para el año 2017; superando ostensiblemente el valor ofrecido por PORVENIR S.A para el año 2020, de tan solo es de un salario mínimo legal vigente. Si se le hubiera dado a conocer la proyección económica de su pensión antes de cambiarse de régimen pensional, y se le hubiera advertido que tan solo podía redimir su bono pensional a los sesenta años; no hubiera tomado una decisión de esta índole. Que solicitó tanto a PORVENIR S.A. como a COLPENSIONES declarar nulo o ineficaz el traslado que efectuó a partir del 10 de julio de 1997, lo cual fue negado por PORVENIR y COLPENSIONES guardó silencio. Concluyó que ante la falta de conocimiento, sobre el Sistema General de Pensiones, sobre sus ventajas y desventajas; la obligación de veracidad en la información recae única y exclusivamente en las administradoras de fondos de pensiones, y no en el afiliado (Archivo: *001. Escrito de demanda.pdf*).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, en razón a que la parte demandante no probó causal alguna de que la afiliación a la Administradora Privada PORVENIR es nula e ineficaz como lo manifiesta, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y que no infringe la norma por lo cual no procede la declaratoria de nulidad, y por tanto no puede haber regreso automático de la demandante al RPM administrado por COLPENSIONES. Formuló como excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «buena fe» e «innominada o genérica» (Archivo: *009. CONTESTACION COLPENSIONES 11001310503120200021300*.pdf y *012. Subsanación COLPENSIONES*.pdf).

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP-** fue vinculada como litisconsorte necesario en el auto admisorio de la demanda y dio contestación oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de

las pretensiones, argumentando que dentro de los documentos allegados dentro del proceso, la demandante se encuentra afiliada al RAIS válidamente, pues la suscripción del formulario fue de manera libre, voluntaria, consciente y sin ningún tipo de coacción para la afiliación a la AFP PORVENIR S.A. Que carece de legitimación en la causa por pasiva para actuar dentro del proceso instaurado por la demandante toda vez que si bien la señora DORIAN LETICIA BETANCOURT MEJIA, tal como se puede verificar en la historia laboral consolidada que obra dentro del acervo probatorio de la demanda, se encontraba afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL para el periodo del 11 de julio de 1978 al 15 de diciembre de 1979 por laborar en la Caja de Crédito Agrario, previo a efectuar su traslado de régimen, a la AFP PORVENIR S.A., no se puede desconocer que mi representada nació a la vida jurídica con la entrada en vigencia del Decreto 5021 de 2009, derogado por el Decreto 575 de 2013; de lo cual se concluía que la UGPP fue creada únicamente con la finalidad de reconocer y administrar los derechos pensionales de quienes se encontraban afiliados a los fondos administradores de pensiones de naturaleza pública, los cuales se encontraban liquidados o en proceso de liquidación, tal como aconteció con la extinta Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL. Por ende, en ningún momento se le asignó la función o la finalidad de administrar aportes efectuados al Sistema General de Pensiones, es decir que la UGPP no se encuentra facultada por ley para recibir como afiliada a la señora DORIAN LETICIA BETANCOURT MEJIA y administrar los aportes por ella efectuados al RAIS. Formuló las excepciones de fondo que denominó como «falta de legitimación en la causa por pasiva», «improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen», «inexistencia de negocio jurídico con UGPP y teoría del daño», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política)», «excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (Archivo Digital: *015. contestacion de ugpp (7).pdf*).

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal de su parte con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Además, si lo que arguye la demandante es la existencia de un vicio del consentimiento, le competía acreditar los supuestos en los que se funda. Así las cosas, señaló que de acuerdo con los documentos aportados por la demandante, no

se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. En este orden de ideas, no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen. Aunado a lo anterior, señaló que la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para cualquiera de los regímenes pensionales, que no tiene ninguna relación con la determinación de la mesada pensional. Agregó que, la demandante pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba a cargo de las AFP, ya que sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. De hecho, la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó a su vez el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010. Señaló que en caso de que se accediera a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, la devolución de los rendimientos financieros, gastos de administración, y demás gastos, dejaría a la demandante en una situación más favorable que la que tendría de haber permanecido en el Régimen de Pirma Media, dado que recibiría dineros que no se generan en este régimen pensional, en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio. En consecuencia, no hay lugar a realizar traslado alguno de capital a favor de Colpensiones por lo que no existe obligación que deba cumplir dicha administradora del RPM. Formuló las excepciones de fondo que denominó como «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe», (Exp. Digital: *016. Contestación PORVENIR.pdf*).

A su turno, la NACION-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, también vinculada oficiosamente como litisconsorte necesario, dio contestación a la demanda oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la señora DORIAN LETICIA BETANCOURT MEJIA se encuentra afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad "RAIS" desde el 23 de junio de 1997, cuando suscribió formulario de afiliación con la AFP PORVENIR, Administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, vinculación que se produjo por ***traslado de Régimen.*** Así mismo, recordó que, por disposición legal (Decreto 4712 de 2008, modificado por el Decreto 192 de 2015 éste último a su vez modificado por el Decreto 848 de 2019) esa oficina responde ***UNICAMENTE*** por la Liquidación, Emisión, Expedición, Redención, Pago o Anulación de Bonos Pensionales o Cupones de Bonos Pensionales a cargo de la Nación, procedimientos que se efectúan con base en las solicitudes que al respecto

realicen las Administradoras del Sistema General de Pensiones. Bajo este entendido y, teniendo en cuenta que sobre lo único que esa oficina puede pronunciarse en el presente caso es sobre el derecho que tiene ***la demandante como afiliada al RAIS*** al reconocimiento de un bono pensional *Tipo A*, a continuación, el cual cuyo estado actual es en proceso de liquidación, emisión y redención (pago) de dicho beneficio. Formuló las excepciones de fondo que denominó como «buena fe» e «innominada o genérica» (Archivo Digital: *017. contestacion de min hcienda.pdf*).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 11 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, teniendo como consecuencia, válidamente afiliado al demandante en el RPMPD. Condenó a la AFP PORVENIR S.A., a devolver y trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora DORIAN LETICIA BETANCOURT MEJIA, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a esos fondos en los períodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS. Ordenó a COLPENSIONES que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al RPMPD, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial. Absolvió a las demás accionadas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó de acuerdo a la jurisprudencia laboral en torno al deber de información y frente al traslado de régimen efectuado por medio de PORVENIR, que del formulario de afiliación al RAIS, no podía concluirse válidamente que efectivamente al momento del traslado se haya cumplido con el deber de información, y que se le haya suministrado a la demandante una información clara, completa, comprensible que comprenda todos requisitos y especificaciones de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la cual era de obligatorio cumplimiento. Sin que del interrogatorio de parte se pudiera establecer confesión en torno a que haya recibido la información con las anotadas características, para entenderse que se trasladó con un consentimiento informado, sin que en el interrogatorio de parte haya confesado en tal sentido la actora. De tal modo que no se cumplió con la carga de la prueba que les correspondía a las demandas, de modo que el traslado era ineficaz, lo cual traía como consecuencia el traslado de aportes, junto con los rendimientos, gastos de

administración y seguros previsionales, sin deducción alguna.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación contra la sentencia, solicitando que se revoque, dado que si bien hay jurisprudencia al respecto, no se debe aplicar a todos los casos por igual, pues debe haber una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que considera, no ocurre en la presente causa, pues la demandante realizó de manera voluntaria su traslado, libre de presiones, luego de recibir una asesoría de conformidad con la obligación vigente para la fecha del traslado, sin que hubiere asesorías más allá de la establecida por la Ley, sin que se le pueda atribuir el deber del buen consejo, incluso para desincentivar la afiliación de la demandante, ni una doble asesoría, tampoco existía la obligación de información por escrito. Que esos requerimientos surgieron con posterioridad a la afiliación. Indicó que conforme a la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 del mismo año, la información estaba enfocada a impedir una coacción en la escogencia del régimen pensiona. De modo que la actora sí recibió la información, dado que incluso mencionó algunas características del RAIS y además admitió que recibí o sus extractos al correo electrónico y de los cuales nunca manifestó oposición alguna ni se acercó a corroborar la información. De modo que ha cumplido con sus obligaciones legales, estableciendo canales para mantener la información y asesoría pertinente. En ese sentido estimó que sus actuaciones han estado revestidas de buena fe objetiva, dado que sus actuaciones están revestidas de mandato legal y reglamentario, insistiendo que tales obligaciones se información no existían al momento del traslado, el cual fue legal, sin que existan vicios del consentimiento. Agregó que el hecho de no haberse advertido consecuencias con ocasión del traslado, no implica que se haya vulnerado el derecho de información, pues para esa data no era posible determinar consecuencias o desventajas frente a un derecho pensional que no se tenía certeza de consolidarse, sin que la inconformidad de la demandante con la mesada pensional a pesar de no tener clara la misma, sea suficiente para declarar la ineficacia del traslado. Señaló con relación a la devolución rendimiento y gastos de administración, que no estaba de acuerdo pues las consecuencias de la ineficacia consisten en que el negocio jurídico nunca se realizó, en tal medida los frutos obtenidos por la administración de los aportes, tampoco se generaron, de ahí que sea improcedente la devolución de estos, junto con las sumas previsionales. Hizo referencia a un concepto de la Superfinanciera, para precisar que los traslados de los recursos deben efectuarse conforme al artículo 7 del Decreto 3195 de 2008, incluyendo las restituciones del caso. Consideró finalmente que, existiendo norma que regule tal situación no hay razón atendible para apartarse de ella; e igualmente las sumas fueron descontadas por autorización de la Ley, especialmente para los

riesgos de IVM, las aseguradoras pagaron el 100% de la prestación a que tenía derecho, por tanto, no se debe ordenar la devolución de esas sumas, pues ello da a entender que la demandante nunca estuvo amparada para estos riesgos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los apoderados judiciales de COLPENSIONES, PORVENIR Y UGPP, presentaron alegatos de conclusión. Las dos primeras, solicitando que se revoque la decisión; la UGPP y la parte actora presentan alegatos en procura de que se confirme la decisión. Los demás sujetos del proceso guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve 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].

En la página 15 del archivo digital *«001. Escrito de demanda»,* obra copia del registro civil de nacimiento de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 10 de septiembre de 1960, por lo que cumplió 67 años el mismo día y mes del 2017, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 11 se septiembre de 2019 (pás. 43 a 46), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 91,85 semanas cotizadas al ISS (Págs. 18 a 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, 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 23 de junio de 1997 (pág. 49), específicamente, conforme al 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

[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".

dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de

prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (pág. 49), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (23 de junio de 1997, pág. 49), 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 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 los fondos privados en los que estuvo afiliados no verifiquen 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).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la

ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia 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.

En la misma dirección se debe señalar, no importa 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, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, quedan resueltas 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,

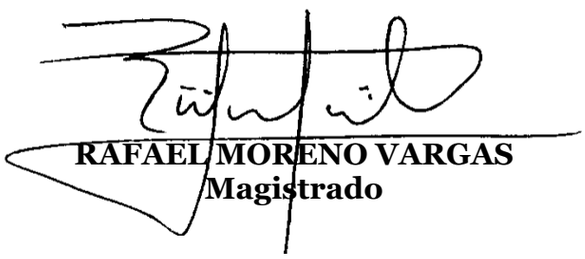
RESUELVE

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

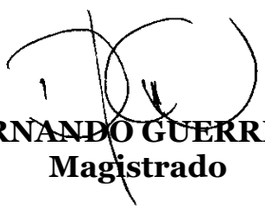
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

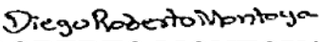
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de DANIEL ANTONIO LAVERDE MATEUS contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 110013105-024-2019-00488-01.

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 24 Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de julio de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **DANIEL ANTONIO LAVERDE MATEUS**, promovió demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES con el fin de que se condene el pago de los intereses moratorios por la demora injustificada en el reconocimiento de la pensión de vejez. Igualmente, se ordene a la reliquidación de la pensión de vejez que le fue reconocida desde el 05 de febrero de 2015, teniendo en cuenta el promedio de lo que cotizó durante los últimos diez (10) años o el de toda su vida laboral, según lo que le fuere más favorable, así mismo, se condene al pago de las diferencias que surjan de la aludida reliquidación. Finalmente, se condene a la indexación de las sumas que le sean reconocidas, más las costas y agencias en derecho, así como lo ultra y extra petita.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, relató que el 25 de mayo de 2011 elevó ante COLPENSIONES solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, la cual fue resuelta negativamente mediante Resolución N° GNR 116021 del 29 de mayo de 2013, por lo que presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, los cuales fueron resueltos el 10 de enero de 2014 y el 05 de febrero de 2015, respectivamente, última fecha en la que le fue reconocida la prestación desde el 01 de julio de 2011, en un monto de $750.741, suma que fue re liquidada mediante Resolución GNR 226398 de julio de 2015, teniendo en cuenta un porcentaje de liquidación del 81%. Aseveró que entre la fecha de solicitud de reconocimiento pensional y el pago de la prestación transcurrieron más de tres (3) años, sin que COLPENSIONES le hubiere pagado intereses moratorios. Agregó que el 16 de diciembre de 2017, elevó ante COLPENSIONES la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez y pago de os intereses moratorios, agotando la reclamación administrativa (fls. 2 a 6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIOENES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, sólo procede el pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 cuando existe una mora injustificada en el pago de las mesadas pensionales, circunstancia que no ocurrió, toda vez que se reconoció el derecho pensional al demandante, el día 05 de febrero de 2015, ordenando el pago de la mesada pensional desde el 01 de junio de 2011, por lo que efectuó el pago del retroactivo pensional de forma oportuna y dentro del término legal. Manifestó que no procede la reliquidación, dado que la pensión fue re liquidada en cumplimiento del artículo 21 de la Ley 797 de 2003. Manifestó que entre la primera solicitud elevada por el actor y el reconocimiento pensional se emitieron variedad de actos administrativos, en los que se indicó que el actor no cumplía con el lleno de requisitos, siendo procedente el reconocimiento sólo al momento de resolver el recurso de apelación formulado por aquel, pues fue allí cuando allegó la totalidad de documentos requeridos. Resaltó que la historia laboral del actor fue corregida y actualizada con posterioridad al 2011, en tanto, no aparecía la cantidad mínima de semanas cotizadas para el reconocimiento de la pensión. Como excepciones de fondo, propuso las de «carencia de causa para demandar», «prescripción», «buena fe», «inexistencia de intereses moratorios e indexación» «compensación» e «innominada o genérica» (Fls. 40 a 45).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 01 de julio de 2021, el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá resolvió condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante, la suma de $16.375.630 por concepto de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre el retroactivo pensional, tomando para ello el periodo comprendido entre el 26 de noviembre del 2011 y el 28 de febrero de 2015.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que el pago de intereses moratorios procede cuando se trata de una pensión de vejez causada en el marco del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, régimen con el cual le fue concedida la pensión al demandante. Aseveró que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que los intereses moratorios se causan cuando pese a que el afiliado tiene derecho al reconocimiento pensional, la entidad se niega a reconocer tal derecho o lo hace de forma indebida. Manifestó que al tenor del artículo 4 de la Ley 700 de 2001, los fondos de pensiones tienen un plazo máximo de seis (6) meses, contados desde la fecha de presentación de la solicitud de reconocimiento pensional, para adelantar los trámites correspondientes en aras de reconocer y pagar la prestación. Señaló que la Corte Constitucional precisó que el fin del plazo aludido es evitar que las pensiones sean reconocidas y pagadas más allá del término de seis (6) meses, aclarando que la sanción del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 procede por el no pago oportuno de las mesadas pensionales y no por el no reconocimiento a tiempo de la pensión, siendo posible interpretar armónicamente el artículo 4 de la Ley 700 de 2001 y el artículo 9 de la ley 797 de 2003, concluyendo que sí existe un plazo para reconocer la prestación, momento a partir del cual se causan los intereses moratorios. Recordó que el actor elevó la solicitud de reconocimiento pensional el día 25 de mayo de 2011, la cual sólo fue resuelta en forma definitiva el 05 de febrero de 2015, fecha en la que se reconoció la pensión al demandante, junto con el retroactivo. Encontrando que los intereses moratorios están llamados a reconocerse a partir del 25 de noviembre de 2011 y hasta el 28 de febrero de 2015. Agregó que COLPENSIONES no justificó la mora con un motivo atendible o con la ausencia total de requisitos del demandante al momento de solicitar la prestación. Respecto de la prescripción, resaltó que el derecho a los intereses de mora se hicieron exigibles con el reconocimiento pensional, decisión que fue notificada el 13 de marzo de 2015, procediendo a presentar la reclamación administrativa el 17 de diciembre de 2017, la cual fue resulta el 09 de abril de 2018, es decir que se interrumpió el fenómeno prescriptivo desde la presentación de la

solicitud hasta que fue resulta, de forma que desde el 09 de abril de 2018 se reinició el término trienal y formuló la demanda el 29 de julio de 2019. Finalmente, consideró procedente condenar en costas a COLPENSIONES por haber resultado vencida en juicio.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación manifestando que la sentencia SU065 de 2018 señaló que los fondos de pensión tienen el deber de reconocer el pago de intereses moratorios a quienes les fue reconocida la pensión, de tal suerte que sólo procede el pago de aquellos cuando hay mora en el pago de las mesadas pensionales que ya fueron reconocidas. Manifestó que el acto administrativo que resolvió la solicitud inicial está sujeto a los recursos de reposición y apelación, por lo el término para reconocer y pagar la pensión se suspende, en tanto el reconocimiento está supeditado a la resolución de dichos recursos. Argumentó que el reconocimiento y pago de los intereses moratorios sólo procedería si después del reconocimiento pensional, la entidad hubiera incumplido con el pago de las mesadas pensionales. Aseveró que no existe mora porque la entidad ha cumplido con el pago de todas las mesadas pensionales desde el reconocimiento de la prestación, incluyendo el retroactivo pensional y las sumas adicionales al momento de efectuar la reliquidación, concluyendo que ha cumplido con todas sus obligaciones. Finalmente, solicitó revocar la sentencia, teniendo en cuenta que COLPENSIONES actuó conforme a derecho desde el reconocimiento de la pensión solicitada.

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 alzada, procurando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la sentencia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura establecer si a la parte actora le

asiste el derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre el problema jurídico planteado, es menester precisar que no es materia de controversia que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES le concedió pensión de vejez al señor DANIEL ANTONIO LAVERDE MATEUS mediante Resolución VPB 8833 del 05 de febrero de 2015, a partir del 1º de julio de 2011, en cuantía inicial de $750.741, la cual fue reliquidada mediante acto administrativo GNR 226398 del 27 de julio de 2015 (fls. 19 a 30 y Exp. Adtivo. CD fl. 67). Se precisa igualmente que, no es objeto de discusión lo relativo la reliquidación solicitada en el libelo inicial, dado que fue excluida al momento del saneamiento y fijación de litigio (fl. 94).

Con relación al reconocimiento y pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, la norma en comento contempla que, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la entidad reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

De igual manera, la Corte Constitucional mediante sentencia C-601 de 2000 declaró exequible la citada disposición, argumentando que dichos intereses moratorios deben ser aplicados a todo tipo de reconocimientos pensionales; de igual manera la misma corporación mediante sentencia SU 065 del 13 de junio de 2018, impone la obligación a los fondos de resolver las peticiones de carácter pensional en un término de 4 meses, en aplicación analógica del artículo 19 del Decreto 656 de 1994, tesis acogida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras muchas, en sentencia radicación 48588 del 8 de febrero de 2017.

Ahora, debe decirse que si bien la H. Sala Laboral de la H. C.S.J. en la sentencia SL – 787 del 6 de noviembre de 2013, determinó que no habrá lugar a la imposición de los mismos cuando se encuentre plenamente justificada la negación del derecho invocado, bien sea porque la entidad hubiera actuado con pleno respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en su momento pueda dársele por las autoridades judiciales en su labor de interpretación de las normas sociales, es una situación que a todas luces no ocurrió en el caso de autos, como quiera que la entidad negó la prestación solicitada sin ningún fundamento legal para ello, pues resulta totalmente diáfano que el señor DANIEL LAVERDE MATEUS desde el 1º de julio de 2011 ya contaba con los

requisitos mínimos para causar y disfrutar de su pensión de vejez bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990 y contrario a ello, se le negó en dos (02) oportunidades la pensión sin justificación alguna, tal como se deduce de la Resolución VPB 8833 del 05 de febrero de 2015, circunstancias que acreditan que las decisiones adoptadas por la demandada no se ciñen al entendimiento jurisprudencial expuesto respecto del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, razón más que suficiente para condenar a COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios allí contemplados.

En todo caso, en la sentencia SL2994-2019 Rad. 77729, la HCSJ SCL indicó sobre las excepciones a la imposición de intereses moratorios, precisando que se «*ha descartado la imposición de intereses moratorios en dos situaciones muy específicas que no corresponden a las del sub lite. El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014). Y, el segundo, cuando la actuación de la AFP estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación, y después se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial, como por ejemplo el principio de progresividad (CSJ SL787-2013)*», de suerte que no es posible dar aplicación en este caso concreto a la citada jurisprudencia que permita su exoneración; desde luego que la interposición de recursos frente a la negativa de conceder el derecho pensional reclamado, en modo alguno suspende o exonera de los intereses; en consecuencia, se confirmará este puntual aspecto de la sentencia impugnada.

Para establecer la fecha a partir de la cual se causan los intereses moratorios, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, según el cual los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario con la correspondiente documentación que acredite su derecho, dicho lo anterior, tenemos entonces que la prestación se causó el 01 de julio de 2011, la solicitud pensional se efectuó 25 de mayo de 2011 habiéndose reconocido la prestación hasta el 27 de julio de 2015, claramente sobrepasándose el término legalmente concedido para ello, es decir que la encartada debió haber proferido el correspondiente acto administrativo reconociendo la prestación deprecada a más tardar el 25 mayo de 2011, lo que en efecto no ocurrió, pues tal y como se refleja a folios 07 a 22 del plenario, inicialmente Colpensiones mediante Resoluciones GNR 116021 del 29 de mayo de 2013 y GNR 6054 del 10 de enero de 2014 negó la prestación, y luego, fue tan solo hasta el 05 de febrero de 2015 que la demandada reconoció la pensión de vejez, casi cuatro años después de haberse solicitado. De modo que se adeudaría intereses

moratorios a partir del cuarto mes posterior al que se efectuó la solicitud, esto el 26 de septiembre de 2011, empero como la a quo los concedió a partir del 26 de noviembre de 2011, se mantendrá esta fecha, dado que COLPENSIONES es la única apelante en este sentido y no puede modificarse en su perjuicio la decisión.

Ahora bien, atendiendo tanto el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de Colpensiones como la apelación propuesta por la parte demandada, debe entrar la Sala de Decisión a centrar el estudio en la excepción de prescripción, y para ello se debe anotar de entrada, que los intereses reclamados no se encuentran prescritos, al tenor de de lo dispuesto en los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPTSS, que regulan expresamente el fenómeno jurídico de la prescripción, toda vez que el derecho pretendido se hizo exigible una vez expedida la Resolución VPB 8833 del 05 de febrero de 2015, notificada al demandante el 13 de marzo de 2015 (fl. 18), y el actor, solicitó expresamente el reconocimiento de los intereses moratorios el 16 de diciembre de 2017 (fl. 34), la que fue resuelta en forma definitiva con la Resolución SUB 93999 del 09 de abril de 2018 (CD fl. 67), fecha en que se interrumpió la prescripción en los términos del artículo 151 del CPTSS, en concordancia con el artículo 6º ibídem, presentando la demanda el 29 de julio de 2019 (fl. 36), esto es, dentro del término trienal contemplado en el artículo 488 del C.S.T., razón por la que no hay lugar a declararla probada, tal como lo estableció la juez a quo.

De acuerdo con lo anterior, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- debe pagar los intereses moratorios solicitados, sobre el valor de cada una de las mesadas causadas entre el 1º de julio de 2011 al 28 de febrero de 2015, fecha en que fue incluida en nómina de pensionados, los que deben calcularse desde el 26 de noviembre de 2011 a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia Financiera para el periodo correspondiente al momento en que se efectúe el pago, intereses que, contrario a lo estimado por la juez a quo no se liquidan en concreto, por cuanto esta liquidación a la fecha de la sentencia resulta innecesaria, pues la tasa de intereses moratorio debe ser la vigente en el momento en que se efectué el pago, de conformidad con lo dispuesto en el art. 141 de la Ley 100 de 1993.

En tal virtud, queda resuelta la apelación formulada por la partea accionada y la consulta a favor de Colpensiones. De tal modo que, se modificará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

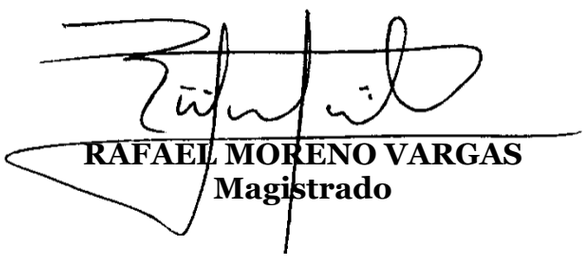
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que los intereses moratorios concedidos se causan desde el 26 de noviembre de 2011 hasta el momento que se produzca el pago y se calcularán a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, vigente en el momento en que se efectué el pago, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

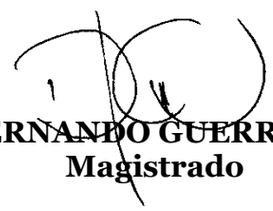
TERCERO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

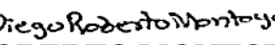
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de ANA LUCINDA NOGUERA DÍAZ contra AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. Rad. 11001 31 05 010 2018 00758 02.

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

SENTENCIA

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

ANTECEDENTES

La señora **ANA LUCINDA NOGUERA DÍAZ**, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral a fin de que se declare que laboró en el cargo de operaria de barrido para la demandada desde el día 23 de junio de 2013 hasta el 11 de febrero de 2018, día en el cual fue despedida de manera arbitraria; que, como consecuencia de lo anterior, se declare nulo dicho despido y se ordene el reintegro de esta a un cargo de igual o mejor categoría. Así mismo, se ordene a la parte pasiva a reconocer y pagar los salarios, aumentos, sobre sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones, auxilios, subsidios y pagos de aportes a seguridad social integral, desde la fecha del despido hasta cuando sea reintegrada; a lo ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que prestó sus servicios como operaria de barrido en la empresa Aguas de Bogotá S.A. E.S.P desde el día 23 de junio de 2013 hasta el 11 de febrero de 2018, fecha en la cual argumenta, fue

despedida unilateralmente y sin justa causa, sin tener en cuenta que fue diagnosticada con artrosis de cadera izquierda. Así mismo, afirma que, luego de que la demandada le pagara la liquidación sin incluir la indemnización por despido injustificado, interpuso una acción de tutela en contra de la demandada para proteger sus derechos fundamentales al trabajo digno, estabilidad laboral reforzada, mínimo vital e igualdad. Dicha acción de tutela fue conocida en Primera Instancia por el Juzgado 55 Penal Municipal con Función de control de garantías de Bogotá, el cual tuteló transitoriamente los derechos mencionados y ordenó su reintegro al cargo que ocupaba al momento del despido. El fallo de tutela de primera instancia fue confirmado íntegramente, en segunda instancia, por el Juzgado 31 Penal del Circuito con Función de conocimiento de Bogotá, sin embargo, a la fecha la demandada no ha dado cumplimiento a la orden de tutela de segunda instancia (fls.251 a 257).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, a través de apoderado judicial, contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones elevadas en razón a que la demandante fue contratada por obra o labor supeditada a la vigencia del Convenio Interadministrativo 809 de 2012 que finalizó el 11 de febrero de 2018 por lo tanto, la terminación del contrato no se debió a una decisión unilateral de la empresa, sino a una causa legal sobreviniente. Aunado a lo anterior indicó que existió solución de continuidad ya que la relación laboral se dividió en dos tiempos contractuales, uno con un contrato a término fijo desde el 23 de abril de 2013 hasta el 22 junio de 2013 y otro con un contrato por obra o labor determinada desde el 23 de junio de 2013 hasta el 11 de febrero de 2018. La demandada aclaró que, la demandante fue reintegrada desde el 23 de agosto de 2018 en cumplimiento del fallo de tutela. Propuso como excepción previa la «falta de competencia por falta de reclamación administrativa»; A su turno, como excepciones de fondo las de «improcedencia del reintegro laboral», «cobro de lo no debido», «inexistencia del Derecho reclamado», «compensación», «innominada o genérica» (fls. 282 a 299).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día cuatro (04) de agosto de 2021, declaró no probada la tacha de parcialidad de la testigo MARTHA LEONILDE CALDERÓN ZAMBRANO; y, declaró la existencia de una única relación laboral entre las partes, la cual se encontró regida por dos contratos de trabajo, el primero celebrado a término fijo con una prórroga, entre el 23 de abril de 2013 al 22 de junio de 2013, y a partir del 23 de junio de 2013 por contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada en virtud del convenio

interadministrativo No. 1.7-10200-809-2012 suscrito entre el ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P y que finalizó el 11 de febrero de 2018, el cual terminó por una causal objetiva establecida en el artículo 61 del C.S.T literal D, por expiración de la obra o labor contratada. Declaró probadas las excepciones de improcedencia de reintegro laboral, cobro de lo no debido e inexistencia del derecho reclamado y en consecuencia ABSOLVIÓ de todas y cada una de las pretensiones interpuestas contra la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, argumentó en cuanto a la tacha de falsedad propuesta, que, aunque la testigo MARTHA LEONILDE CALDERÓN ZAMBRANO, tuvo algunas imprecisiones y contradicciones respecto del interrogatorio de la demandante, esto no es óbice para descartar su declaración, ya que dio luces frente a otros aspectos que eran importantes y de los cuales no se tenía claridad.

En cuanto a las pretensiones del actor, adujo que, de las pruebas aportadas, se evidenció que se suscribieron los siguientes contratos de trabajo: contrato a término fijo inferior a un año por un mes prorrogado por una vez, desde el 23 de abril de 2013 a 22 de junio del mismo año en el cargo operario, contrato de trabajo por duración de la obra o labor a partir del 23 de junio de 2013, el cual estaba condicionado al contrato interadministrativo 1-07-10-200-0809-2012, celebrado entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y Aguas de Bogotá, cumpliendo funciones del cargo operaria de recolección y barrido, contrato que tuvo vencimiento en enero de 2018, pero fue prorrogado por 28 días, hasta el 11 febrero del mismo año. Por lo anterior, teniendo en cuenta que la demandada no negó la existencia de la relación laboral, la juez de primera instancia consideró que se estaba en presencia de una única relación laboral, del 23 de abril de 2013 al 11 de febrero de 2018, con salario de $878.912.

Igualmente, en cuanto al fuero de pre pensionables, señaló que la accionante no es beneficiaria por cuanto no cumple con los requisitos que exige la norma, ya que al estar afiliada a un fondo privado no podría conocerse el monto que a la fecha ha ahorrado la actora, hecho que lleva a desconocer dicho fuero ya que no podría demoostrarse cuanto le hace falta para pensionarse. Para finalizar, en cuanto a la estabilidad laboral reforzada, indicó que no se encontró demostrado que en días o meses anteriores, la demandante hubiese estado incapacitada, con restricciones médicas o en procesos de rehabilitación, además la demandante había expresado en su declaración que para el 11 de febrero de 2018, no se hallaba incapacitada; pues, aunque a folio 45 del plenario se encontró comunicación para solicitud de

calificación de origen de enfermedad lo cierto es que no fue realizado dictamen de PCL sino que se buscaba reconocer si las patologías eran de origen común o de origen laboral. Aunado a todo lo anterior, señaló la juez de primera instancia, que existió una causal objetiva para la terminación del vínculo laboral, pues se dio la terminación de la obra o labor contratada por terminación de convenio interadministrativo suscrito entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y Aguas de Bogotá. Informó que, aunque la señora demandante contaba con algunas patologías, no se pudo establecer si tuvo una discapacidad realmente significativa, además que no fue despedida en razón de su estado de salud, pues en el interrogatorio de parte, la actora señaló que cuando ella fue despedida, salieron aproximadamente 400 trabajadores más, ya que la empresa no podía seguir laborando porque había fracasado, y además, no había ganado la licitación, además, la testigo dijo que eran más de 3.500 trabajadores y que la mayoría habían salido.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandante inconforme con la decisión la apeló, señalando para el efecto que el dictamen de calificación no es la única prueba para determinar si un trabajador goza o no de protección especial, y que dentro del expediente hay un amplio acervo probatorio, de donde se podía observar que a la actora se le venían desarrollando unas patologías, y que además existieron unas recomendaciones médicas que demostraban que la señora ANA LUCINDA NOGUERA, si estaba afectada en su salud. Adicional a lo anterior, adujo que el objeto social de la empresa se mantuvo, pues esta no se ha liquidado, y que además continúa con funciones que no son ajenas a las que la demandante cumplía.

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 no presentaron alegatos de conclusión y guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación determinar si la aquí demandante es beneficiaria de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 al momento de la terminación de su contrato de trabajo, y de ostentar tal calidad, habrá de verificarse todos los puntos objeto de controversia en la litis.

CONSIDERACIONES

Previo al análisis objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 23 de abril de 2013 al 11 de febrero de 2018, conformado por dos modalidades contractuales, como fueron contrato a término fijo inferior a un año y contrato por obra o labor, donde la actora ocupaba el cargo de *operaria de recolección y barrido*, como así se evidencia del contenido de los contratos obrantes a folios 2-3, 300-304 del expediente y de la certificación laboral visible a folio 309. Igualmente, se encuentra demostrado que la demandante, presentaba afectaciones en su estado salud, aproximadamente desde el año 2014, y que a raíz de esas afecciones fue intervenida quirúrgicamente (REEMPLAZO PROTÉSICO TOTAL PRIMARIO DE CADERA) el veinte (20) de febrero de 2018 (fls. 52-53).

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

Así las cosas, no es objeto de duda la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados y más aún para los efectos de determinar la viabilidad de la protección reforzada por discapacidad, según las limitaciones de moderada, severa y profunda, quiere decir ello, que no puede acudirse única y exclusivamente a estas escalas porcentuales para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013, pues corresponde al mes de noviembre de 2018 (fl.55 y 164).

En ese orden de ideas, con la derogatoria del artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 y al perder sustento la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de severa y profunda para lo protección especial por la discapacidad, por lo menos, desde su derogatoria expresa, es una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para calificar si la limitación o afectación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, y esta no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional sentencia de unificación SU 049 de 2017 (M.P. María Victoria Calle), en la que se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o

enfermedad común o laboral) una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, con lo cual justamente, advirtió la alta Corporación que la Constitución Política prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección como la Ley 361 de 1997.

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

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

Clarifica la Sala de Casación Laboral, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, y que lo que sanciona es que tal acto este precedido de un criterio discriminatorio, resultando necesario, en ese evento, que el Ministerio compruebe si, en efecto, la deficiencia del trabajador es incompatible o insuperable en el cargo que ejercía o en otro existente en la empresa; por lo que la invocación de una causa legal, permitiría no acudir al Inspector del Trabajo, pues se eliminaría la presunción discriminatoria, al soportarse en una razón objetiva. No obstante, el trabajador podría controvertir la decisión tomada por el empleador en un proceso judicial, en el cual solo le bastaría demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que implicaría para el empleador la carga de la prueba de

demostrar suficientemente la causa legal y objetiva, so pena de que se declare la ineficacia del despido. Concluye, en síntesis, así la Corte:

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

Explicado lo anterior, a juicio de esta Sala de Decisión el debate del asunto se centra en establecer, si para el momento de la terminación del contrato de trabajo, la actora ANA LUCINDA NOGUERA DÍAZ, se encontraba en estado de limitación física que le impidiera sustancialmente el desempeño regular de la labor; al efecto, es pertinente descender sobre los medios probatorios aportados al proceso, en los que se evidencia que la demandada el día 09 de febrero de 2018 entregó a la demandante misiva en la cual le informaba sobre la terminación de su contrato de trabajo a partir del 11 de febrero del mismo año, en razón o con ocasión a que la labor para la cual habría sido contratada había concluido, esto es, la terminación del Contrato Interadministrativo 1.7-10200-809-2012, del Proyecto Aseo (fls. 26 y 305), lo que permite concluir que desde la calenda citada hacía atrás se debe establecer si la actora contaba con algún tipo de discapacidad o disminución en su estado de salud o era sujeto de tratamiento alguno en virtud de la misma que lleve a inferir que la actora era beneficiaria de la presunción de discriminación y que por ello su estado de salud eventualmente dio lugar a la terminación de contrato de trabajo.

Teniendo claro lo anterior, una vez revisada la documental aportada a folios 31-250, es claro que la demandante, desde el año 2014, sufría de dolores constantes en la cadera, tal como se pudo evidenciar con mayor claridad de las siguientes documentales:

- Recomendaciones médicas del 25 de septiembre de 2017, por el término de tres (03) meses (fls. 43).
- Queja del 25 de enero de 2018, reportando su estado médico e informando situación de estabilidad laboral reforzada, tan solo a 16 días de finalizar el contrato por obra o labor que había suscrito con la demandada (fls. 70).
- Historia clínica del 6 de junio de 2014, donde narra que la demandante mientras se encontraba prestando sus servicios, sufrió accidente de trabajo al esquivar un carro que pasó muy cerca, golpeándose con una matera en la zona glútea. Por el anterior accidente fue incapacitada por tres (03) días (fls. 247).

En ese orden de ideas, del anterior barrido probatorio, se palpa con meridiana claridad, que la demandada tuvo conocimiento del estado de salud de la actora. Ahora bien, los motivos que adujo la empleadora y por los que considera que la decisión obedeció a una causal objetiva de terminación del contrato de trabajo, se fundamentó en que la labor u obra para la cual fue contratada había terminado, frente a lo cual, encuentra la Sala que el contrato de trabajo bajo la modalidad de obra o labor contratada suscrito el 23 de junio de 2013, tenía el siguiente objeto: «*LA EMPRESA contrata los servicios personales del TRABAJADOR, por lo tanto se obliga de manera exclusiva a poner toda su capacidad normal de trabajo, sus conocimientos y su voluntad de servicio en el cumplimiento de la actividad de trabajo o labor contratada, así como en las labores anexas y complementarias del mismo de conformidad con las ordenes e instrucciones que le imparta la empresa*» Igualmente, se estableció en el mismo contrato que: «*El término de duración del Contrato será el requerido para la ejecución de la obra o la labor contratada. Esta condicionado a la existencia del Contrato Interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012, celebrado entre LA EMPRESA y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. ESP, conforme lo previenen las causales de terminación del citado contrato»* (fls.303-304).

Para la verificación de la oferta comercial, se allegó *«CONTRATO INTERADMINISTRATIVO No. 1-07-10200-0809-2012 DE 2012 SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. Y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.»* (fls. 310-325), de donde se desprende la

existencia de una relación de tipo comercial, para la prestación del servicio de público de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá, bajo la dirección y supervisión de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP.

Para los efectos de la terminación, se aportó modificación N° 21, al contrato N° 1-07-10200-0809-2012 (fls. 327-328), de donde se deja ver en su cláusula primera, que la duración del contrato sería hasta el 12 de febrero de 2018, de tal modo que puede determinarse que la terminación de la obra para la cual se contrató a la demandante, y la fecha de finalización de la prestación del servicio para la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, corresponde en efecto a la misma fecha.

Así entonces, considera la Sala que la parte actora no logró establecer un nexo de causalidad entre su patología y la terminación del contrato, ya que se encuentra demostrado que la finalización del vínculo laboral obedeció a una causa legal y objetiva, y de manera exclusiva se dio por la finalización de la obra para la cual había sido contratada, situación que fue ratificada por la testigo MARTHA LEONILDE CALDERÓN ZAMBRANO, quien explicó que la demandada no había ganado la licitación para la prestación del servicio de aseo en el año 2018, sino que el mismo había sido adjudicado a otras cinco sociedades, lo que ocasionó que de un numero de 3.500 trabajadores, la mayoría fueran despedidos, situación que en igual manera reafirma la tesis de que no existe nexo causal entre el despido de la demandante y sus patologías. La anterior situación fue igualmente corroborada por la demandante en su interrogatorio, la cual manifestó que para la misma fecha en que ella fue despedida, habían sido despedido alrededor de 400 trabajadores más.

Por tanto, teniendo en cuenta el anterior material probatorio, concluye diáfanamente la Corporación que la entidad demandada logró probar que no existió nexo de causalidad alguno entre la terminación del contrato de trabajo de la demandante y su situación de salud, con lo que la presunción de discriminación queda descartada.

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

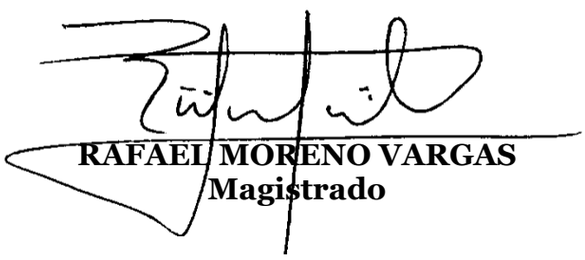
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha cuatro (04) de agosto de 2021, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

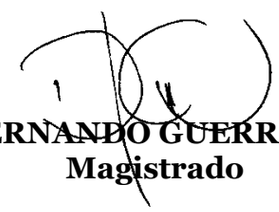
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

Treinta (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por IRMA CECILIA NIÑO CORNEJO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y OTRO. Rad. 110013105-010-2019-00421-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de mayo del 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **IRMA CECILIA NIÑO CORNEJO** pretende se declare la nulidad del traslado efectuado el 09 de junio de 1996, con el fondo privado de pensiones Colpatria hoy Porvenir, toda vez que en la etapa precontractual no se brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de los dos sistemas pensionales, que en consecuencia se declare la nulidad de las afiliaciones efectuadas el 30 de noviembre del año 1998 con Horizonte, hoy Porvenir y con Colmena, hoy Protección S.A. y se retrotraigan las cosas a su estado anterior del mismo modo se ordene a Colpensiones tenerla por afiliada como si nunca se hubiese trasladado en virtud del regreso automática. Finalmente solicitó se condene en costas agencias en derecho, así como lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que se trasladó al fondo privado de pensiones Colpatria el 09 de junio de 1999, resaltó que el asesor comercial no le brindó información clara completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en especial resaltó que no se hizo un estudio de su situación particular, sino que se ilustró sobre las ventajas que obtendría al cambiarse de régimen; que posteriormente se trasladó a Porvenir el 30 de diciembre del año 1998, luego a COLMENA, hoy PROTECCIÓN el 17 de febrero de 2000. Que nació el 21 de agosto de 1964 y que es PORVENIR, quien asumió a COLPATRIA y PROTECCIÓN quien asumió a COLMENA, quienes tienen la carga de la prueba para demostrar que cumplieron con el deber de ofrecerle información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo. Que PROTECCIÓN le realizó una simulación pensional en la cual proyectó un valor en su mesada pensional equivalente a $2.394.000; por otro lado, en la simulación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida la pensión que le correspondería equivaldría a la suma de $8.340.089. Que actualmente ostenta más de 1.731 semanas y que presentó derecho de petición ante Colpensiones el 22 de enero 2019 para agotar la reclamación administrativa, la cual fue negada el mismo día (Fls. 61 a 67).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre toda vez que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo el traslado del RPM al RAIS, indicando que dicho traslado se presume consumado bajo el derecho a la libre escogencia y por tanto tiene plena validez, además, la ley exige que los vicios de consentimiento de ser alegados deben ser declarados por el juez y luego de ello COLPENSIONES activa la afiliación del trabajador sin solución de continuidad. Propuso como excepciones de mérito las de «Prescripción y caducidad», «Declaratoria de Otras Excepciones» e «Inexistencia de la Obligación y del Derecho por Falta de Causa y Titulo para Pedir» (Fls. 79 a 83).

Por su parte, la **AFP PROTECCION S.A.** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, por considerar que el formulario de vinculación es válido, exento de vicios, de cualquier fuerza, libre de

presión y engaños, consecuencia de ello, se realizó de forma libre y espontánea. Argumentó que el acto jurídico celebrado entre la demandante y PROTECCIÓN S.A. cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y, por lo tanto, produjo efectos jurídicos derivados del mismo. Manifestó que la forma como se liquida la pensión de vejez en el RAIS no puede ser determinante para resolver si es nula o ineficaz. Finalmente afirmó que la afiliación se vio precedida de una debida asesoría en donde se le expuso al accionante las características y condiciones del RAIS en contraposición del RPM, de manera que no es posible encontrar vicio de consentimiento alguno. Propuso como excepciones de mérito las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP», «buena fe por parte de Protección S.A.», «Inexistencia de la Obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación», «Inexistencia de la Obligación de devolver la 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. 104 a 109).

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal de su parte con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Señaló que no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. En este orden de ideas, no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen. Aunado a lo anterior, señaló que la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para cualquiera de los regímenes pensionales, que no tiene ninguna relación con la determinación de la mesada pensional. Agregó que, la demandante pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba a cargo de las AFP, ya que sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. De hecho, la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó a su vez el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de

2010. Formuló las excepciones de fondo que denominó como «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Fls. 149 a 174).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de mayo del 2021, declaró la ineficacia de la vinculación a COLPATRIA S.A. efectuada el 09 de junio de 1994 por la accionante, así como las efectuadas ante COLMENA AIG, PORVENIR Y FONDO DE PENSIONES SANTANDER, y en consecuencia el traslado de RPMPD al RAIS, por lo que ordenó el regreso automático sin solución de continuidad a COLPENSIONES. Condenó a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante al RPMPD sin solución de continuidad, condenó a PROTECCION S.A. a hacer entrega a COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido por cuenta de la afiliación de la accionante como cotizaciones, bonos pensiónales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos causados; incluyendo la devolución de gastos y cuotas de administración debidamente indexados; lo anterior, en el término de 15 hábiles a ejecutoria de la sentencia. Condenó a PORVENIR a la devolución de gastos y cuotas de administración descontados a la actora durante su vinculación en su momento al Fondo Colpatria hoy Porvenir S.A. y así mismo durante su vinculación directa por afiliación a PORVENIR S.A. debidamente indexados y deberá allegar la información con los documentos correspondientes para que se pueda establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia. Condenó a COLPENSIONES, a que, una vez ingresados los valores de la cuenta de ahorro individual, revise que la devolución de dineros sean los ordenados en la providencia. Declaró no probadas las excepciones formuladas por las accionadas, y condenó a PROTECCIÓN S.A. en costas.

Para arribar a tal conclusión, consideró el a quo, en síntesis, que con base en la jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia y las disposiciones legales pertinentes, se han indicado parámetros para cumplir con el deber de información de las administradoras de fondos de pensiones para que así se brinde la mayor transparencia en las operaciones que se realicen, de manera que, a través de elementos de juicio claros y efectivos, el trabajador logre escoger las mejores opciones del mercado, así, debe hacerse una distribución de características y condiciones de acceso y servicio de cada uno de los Regímenes Pensiónales, de modo que se realice un paralelo entre el RPMPD y el RAIS conociendo las ventajas

y desventajas entre uno y otro así como las consecuencias jurídicas del traslado para el potencial afiliado. Afirmó que la Corte ha indicado que la firma del formulario pre-impreso de los fondos de pensiones es insuficiente para demostrar un consentimiento, pues éste demuestra la existencia de un consentimiento, pero no de un consentimiento informado. Señaló que para que proceda la ineficacia entre Regímenes pensiónales no es necesario que el beneficiario ya tenga un derecho pensional consolidado, sino que, cualquier sujeto que haga tránsito entre Regímenes que no se le haya cumplido el deber de manifestarle la información clara, cierta, comprensible y oportuna con las consecuencias y riesgos que ello implica tiene la facultad para acudir a que se declare la ineficacia de traslado de Régimen pensional, incluso se ha advertido que ni la asesoría posterior, ni la realización del trámite hace saneamiento del deber de informar, puesto que este debe ser oportuno. Precisó que los traslados horizontales no validan el traslado inicial ni el consentimiento y que los denominados actos de relacionamiento que ha señalado la Sala de Casación Laboral pero en sede de descongestión no son obligantes, pues la Sala permanente no ha cambiado el criterio, en cuanto a considerar que ha doctrinado que el deber de informar recae en las administradoras de fondos de pensiones y a su vez se ha referido a la acción de prescripción indicando que los hechos y las acciones para la declaratoria de estos derechos no prescriben. Finalmente añadió que se logró establecer que más allá del formato de afiliación del fondo de pensiones no obra ninguna otra prueba que permita establecer que en efecto se brindó una correcta asesoría y se cumplió con dicho deber a cabalidad y según lo antes dicho estimó necesario declarar la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** apeló la decisión señalando para tal efecto que el caso concreto no es similar a los que ha solucionado la jurisprudencia frente a ineficacias de traslado, pues hay particularidades importantes que no permiten deprecar la ineficacia. Que para el año del traslado inicial la AFP COLPATRIA cumplió con las obligaciones legales frente a la suscripción de la afiliación de la actora, por lo que no hay responsabilidad alguna a cargo de PORVENIR. Para ello trajo a colación un concepto expedido por la Superfinanciera, para señalar que sí se cumplió con la exigencia legal para el año 1994. Señaló que factores como haber recibido extractos, hacer aportes a pensiones voluntarias, efectuar traslados horizontales, haber trabajado para PROTECCIÓN S.A. evidencian la voluntad de permanecer por más de 20 años, sin manifestar inconformidad con la afiliación al RAIS. Agregó con relación a la condena específica con los gastos de

administración, consideró que no debe darse la misma, pues estos fueron efectuados en cumplimiento de un deber legal, conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, incluida la prima de seguros invalidez y sobrevivientes, de modo que no fueron usufructuadas por la AFP. De tal modo que no debe aplicársele ningún tipo de responsabilidad en ese sentido.

La AFP **PROTECCION S.A.** apeló la sentencia solicitando sea revocada parcialmente, se absuelva a PROTECCION S.A. de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, teniendo en cuenta el principio de las restituciones mutuas contemplado en el Código Civil. En tal sentido, indicó debía tenerse en cuenta que si bien el fallo ordena el traslado de la cuenta de ahorro individual los rendimientos, no se puede desconocer que los mismos fueron generados por un equipo de trabajo había que generarle unos honorarios para que se produjeran y que no se generan en el RPMPD; que si se van a devolver, lo prudente es que la actora pague por esos rendimientos. Acotó que con tal devolución se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES.

De igual modo, la apoderada de **COLPENSIONE**S apeló la sentencia, señalando para tal finalidad que, que en el proceso se censuró que no hubo una suficiente oportuna clara información sobre las implicaciones que llevaba el traslado sobre la asesoría brindada en el momento de la afiliación de la demandante. No obstante, se desconoció en el fallo que el deber de información tuvo varias etapas, la primera etapa el Decreto 663 de 1993, la segunda etapa con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 del 2010 y una tercera etapa la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015; de modo que el análisis de la información suministrada por la AFPS y por la representada al alcance de la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación debió ser valorado bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción de formulario o de la materialización del traslado, no siendo razonable ni jurídicamente valido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen; que estas exigencias debieron desvirtuar el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consiste solamente en la posibilidad de defensa o la oportunidad para interponer recursos sino que exige además, como lo dijo el artículo 29 de la Carta Política el ajuste a las normas preexistentes a lo que se juzga, es decir, que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tenían justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso a COLPENSIONES, que sin haber participado en el trámite de traslado es quien

debe afrontar la carga de la prestación. Sostuvo que en el presente caso se evidenció que la demandante es una persona que manifestó haber trabajado en la AFP PROTECCIÓN y COLPATRIA, no se dio mayor información sobre el fondo PROTECCIÓN; de igual manera indicó que la actora admitió en el interrogatorio de parte que el traslado había sido de manera voluntaria y sin presiones, que el traslado se había hecho porque le habían brindado mayor información la brindada y mayor asesoría. De modo que no se desvirtuó en el presente asunto, que se haya dado una información suficiente, oportuna y completa.

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. Las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR y COLPENSIONES en similares términos a los expuestos en la alzada. Por su parte, la parte actora solicitó que se confirme la sentencia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS con ocasión al incumplimiento del deber de información y en tal sentido, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de

Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 4 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 21 de agosto de 1964, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES día 22 de enero de 2019 (Fls. 10-11 y 13), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho y, de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 367 semanas de cotización aproximadas (CD fl. 84), 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 junio de 1.994 (Fl. 6), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A.

---

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

En este escenario, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se

produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 6), plasmado en el formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, o conocer algunas características del RAIS, 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.

Así, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., antes COLPATRIA, omitió en el momento del traslado de régimen (09 de junio de 1.994 fl. 06), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está

declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, tampoco incide 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.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen. De igual modo, se precisa, el hecho de que el actor 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 del traslado 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 CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

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,

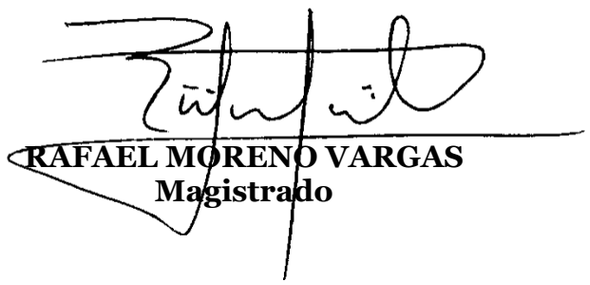
RESUELVE

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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de GABRIEL ANTONIO SIERRA TAPIAS Y OTROS contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES –UGPP- Y OTROS. Rad. 110013105-016-2019-00156-01 y 110013105-016-2019-00156-02.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver tanto el recurso de apelación interpuesto contra la decisión del 17 de junio de 2021, como el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 08 de julio de 2021, proferidas el 08 de julio de 2021 por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la UGPP (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **GABRIEL ANTONIO SIERRA TAPIAS Y OTROS**, promovieron demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que FABIO ROBERTO SIERRA TAPIAS, GABRIEL ANTONIO SIERRA TAPIAS, JORGE ENRIQUE SIERRA TAPIAS, CARLOS ALBERTO SIERRA TAPIAS y ANA TERESA SIERRA TAPIAS hijos de los fallecidos GABRIEL SIERRA VERGARA Y TERESA TAPIAS DE SIERRA, tienen derecho a que se les reconozca y pague el retroactivo generado de las mesadas pensionales, a partir del 29 de octubre de 2017 hasta el 12 de enero de 2018, día anterior al fallecimiento de TERESA TAPIAS DE SIERRA a quien se le había reconocido como cónyuge sobreviviente, conforme los lineamientos de la Ley 797 de 2003 art. 13. Se declare que los hijos de los fallecidos tienen derecho a

los valores reconocidos por la liquidación de las mesadas pensionales, y como consecuencia de lo anterior, se condene a la UGPP y al Fondo de Pensiones Públicas de Nivel Nacional Consorcio -FOPEP a reconocer y pagar a favor de los herederos de los causantes el valor del retroactivo generado por las mesadas pensionales causadas y no cobradas, así como la indexación de los valores reconocidos por concepto de la retroactividad de las mesadas causadas y no pagadas, finalmente, se condene al demandado al pago de costas procesales y agencias en derecho, así como cualquier otra prestación social legal y extralegal de conformidad con las facultades ultra y extra patita que se asisten.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, relataron que el causante GABRIEL SIERRA VERGARA, nació el 18 de marzo de 1931, aducen que, mediante Resolución No. 4613 del 21 de mayo de 1987 fue reconocida una pensión a favor del causante GABRIEL SIERRA VERGARA en cuantía de $139.653, efectiva a parir del 01 de mayo de 1986. Anotan que, mediante Resolución No. 7887 del 19 de septiembre de 1988 CAJANAL reliquidó la pensión de vejez, elevando la cuantía de la misma a la suma de $212.250 efectiva a partir del 01 de junio de 1987, informa que mediante Resolución No. 27629 del 30 de septiembre de 2002 se reliquidó la pensión de vejez, en cumplimiento de un fallo judicial proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de fecha 27 de agosto de 2001, elevando la cuantía de la misma a la suma de $273.877.11 efectiva a partir del 01 de julio de 1987, pero con efectos fiscales a partir del 04 de marzo de 1996 por prescripción trienal, de conformidad con el fallo objeto de cumplimiento, manifestó que el causante falleció el 28 de octubre de 2017, añadió que, a la fecha de fallecimiento, el ingreso por pensión de jubilación era la suma $8.206.469.31 mensuales, mencionan que la señora TERESA TAPIAS DE SIERRA, en calidad de cónyuge, solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes acreditando los requisitos correspondientes para ello, agregan que mediante Resolución No. RDP007292 del 23 de febrero de 2018, la UGPP le reconoció y ordenó el pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de GABRIEL SIERRA VERGARA, a partir del 29 de octubre de 2017, en la misma cuantía devengada por el causante a su cónyuge, precisa que la pensión reconocida es de carácter vitalicio. Detallan que la señora TERESA TAPIAS DE SIERRA falleció el 13 de enero de 2018; Aducen que solicitaron a la UGPP, para efectos de la sucesión de GABRIEL. SIERRA VERGARA y TERESA TAPIAS DE SIERRA, le informaran el valor de las mesadas causadas y no cobradas, aclaran que la entidad respondió su petición mediante oficio fechado el 17 de mayo de 2018, indicando que el valor neto a pagar era la suma de $18.182.224.95 M/cte. Señaló que el señor GABRIEL SIERRA

VERGARA, percibía como valor de jubilación la suma $8.206.469.31 mensuales, siéndole consignada la mesada pensional hasta el mes de octubre de 2017. Recalcan que, debido a la inconformidad en el valor reportado en el oficio de mayo 17 de 2018, les enviaron comunicación fechada a 18 de julio de la presente anualidad, donde les indicaron que mediante Resolución No. RDP007292 del 23 de febrero de 2018, se reconoció y ordenó el pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión de fallecimiento del causahabiente, a partir del 29 de octubre de 2017, en la misma cuantía devengada por el causante, a favor de su cónyuge, no obstante, según registro de defunción la señora TERESA TAPIAS DE SIERRA, esta falleció el 13 de enero de 2018 y la fecha de la emisión de la Resolución precitada fue el 23 de febrero de 2018, es decir que el fallecimiento fue antes de la emisión del Acto Administrativo, por lo tanto, indican que éste no tiene efectos jurídicos y en consecuencia no existen mesadas causadas y no reportadas a favor de la beneficiaria, explicó que, en el mismo oficio se mencionó que se hiciera caso omiso al oficio del 17 de mayo de 2018, toda vez que la Resolución No. RDP007292 de febrero de 2018 no tiene efectos jurídicos. Anotan que, se deben cancelar a los herederos las mesadas de noviembre y diciembre de 2017 y la prima de diciembre de 2017, más los 12 días del mes de enero de 2018, habida consideración que la señora TERESA TAPIAS DE SIERRA falleció el día 13 de enero de 2018, pues son mesadas no cobradas que hubiese recibido la cónyuge cuando estaba con vida. Finalmente, recuerdan que, no se puede dejar sin efecto una Resolución que se encuentra en firme, con un mero oficio donde se indica hacer caso omiso a dicha Resolución porque no tiene efectos jurídicos, teniendo en cuenta que, en derecho, las cosas se deshacen como se hacen y se trata de una resolución a la que no se puede echar por tierra «SIC.» con un simple oficio (fls. 25 a 31).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIOENES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, ante la entidad y en la demanda, no se acreditó la demostración de la calidad de herederos determinados a través de sentencia de sucesión ejecutoriada y/o escritura pública de sucesión en la que se hubiere reconocido a la masa sucesoral, las mesadas dejadas de cobrar por la causante TERESA TAPIAS DE SIERRA (Q.E.P.D.), razón por la cual no puede establecer con certeza si los demandantes cumplen con los requisitos para acceder a la pretensión deprecada. Como excepciones de fondo, propuso las de «inexistencia de la obligación en caso que la demandante no demuestre su calidad de herederos del retroactivo de las mesadas pensionales dejadas de pagar», «excepción previa de

incapacidad o indebida representación de los demandantes –inepta demanda por insuficiencia del poder (se propone como excepción previa y como de fondo)», «buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 65 a 73).

La **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. -FIDUPREVISORA S.A., LA FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. y la UGPP** contestaron la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, el Consorcio FOPEP 2019, como actual administrador fiduciario del FOPEP es la entidad encargada de efectuar el pago de las pensiones de las cajas de previsión o fondos insolventes del sector público del orden nacional, las cuales son administradas por la UGPP, siendo la entidad encargada del estudio, reconocimiento, expedición de actos administrativos, liquidación, reliquidación de las pensiones, modificación del valor de la pensión, reporte de inclusión en nómina, suspensión o reincorporación de los pensionados. Adujo que, en ese orden de ideas, deberá ser la UGPP quien mediante Acto Administrativo dé cumplimiento al fallo, y una vez sea emitido el mismo, se debe proceder a reportar la novedad al Consorcio FOPEP 2019 para que este proceda a ejecutar el pago. En consecuencia, el Consorcio FOPEP 2019 (integrado por FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.), no debe ser condenado dentro de la presente acción. Como excepciones de fondo, propuso las de «indebida notificación – de la representación legal y judicial del fondo de pensiones públicas del nivel nacional -FOPEP», «falta de legitimación en la causa –por pasiva», «prescripción» y «excepción genérica del artículo 282 de la ley 1564 de 2012» (Fls. 82 a 87, 144 a 171 y 144 a 171).

AUTO APELADO

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del diecisiete (17) de junio de 2021, en desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, resolvió negar las excepciones previas de *«falta de jurisdicción y competencia»* y la de «***no haberse presentado prueba de la calidad de herederos con la que actúan los demandantes»***, *«incapacidad o indebida representación de los demandantes»* e «*inepta demanda por insuficiencia de poder*» y la de «*habérsele dado a la demanda un trámite diferente al que corresponde*», tras considerar, en lo que interesa a esta instancia, que la calidad que invocan los actores es la de herederos la cual acreditan con los registros civiles de nacimiento; que también se aportó registro civil de matrimonio de los causantes, de manera que sí se demostró la calidad que invocaron como herederos de la señora Teresa Tapias, porque reclaman las mesadas de la pensión de

sobrevivientes que le habían reconocido a esta, ante el fallecimiento de sus esposo, de modo que si se acreditan las calidades de herederos y que la ley no exige el requisito de que se aporte trámite de sucesión. De modo que se confunde con la exigencia legal cuando se demanda a una persona fallecida o a sus herederos. De igual modo, condenó en costas a la parte excepcionante.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demanda UGPP interpuso recurso de apelación parcial, argumentando que, si bien está claro por los registros civiles de nacimiento y por los registros de matrimonio, que los demandantes son hijos de los causantes, no hay certeza y, por lo tanto, no se encuentra escritura pública o sentencia judicial, para definir si eran todos ellos los herederos y los eventuales titulares del derecho que se pretende perseguir a través de esta acción, agregando que, en ese sentido, presentó una excepción de mérito, pues aseguró no estar determinadas las condiciones en las cuales ellos serían titulares de los derechos. Solicitó, además, que se estime la revocatoria de la condena en costas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El proveído dictado en la audiencia del 17 de junio de 2021 es apelable de conformidad con el numeral 3º del artículo 65 del C.P.L. y de la S.S., puesto que se decidió sobre excepciones previas.

Al respecto, se tiene que habrá de confirmarse la decisión en tanto y en cuanto los demandantes sí demuestran como lo señaló el a quo, la calidad o vocación de herederos dado que aportaron los respectivos registros civiles de nacimiento que dan cuenta de que son hijos de la causante. Desde luego que las mesadas que se reclaman como retroactivo pueden convertirse en un crédito a su favor que ha de integrar la masa sucesoral, pues como es sabido al tenor del artículo 1012 del CC la sucesión de los bienes de una persona se abre al momento de su muerte, por lo que será el juicio o tramite sucesoral que se adelante ante la instancia correspondiente, el que determinará a quien o a quienes les corresponde dicho retroactivo. Es así que, dada la vocación de suceder al causante en sus derechos y obligaciones, es que a la parte actora le asiste legitimación para reclamar la configuración o la causación del derecho al retroactivo al que eventualmente hubiere tenido derecho su fallecida madre.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada UGPP, 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 o a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, 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 la UGPP, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas.

Bajo esas consideraciones, encuentra la Sala que debe confirmarse en su integridad la decisión de primer grado. Sin que haya lugar a imponer costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado, conforme a lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 08 de junio de 2021, el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá resolvió condenar a la demandada UGPP, a reconocer y pagar en favor de la herencia de la señora TERESA TAPIAS DE SIERRA, representada por los demandantes, la suma de $28.868.088,56 por concepto de pensión de sobreviviente que se causó desde el 29 de octubre de 2017 hasta el 13 de enero de 2018, en su calidad de cónyuge sobreviviente del señor GABRIEL SIERRA VERGARA, valores sobre los cuales podrá descontar la seguridad social en salud que corresponde conforme a la ley, siendo pagadero una vez acredite la parte actora la liquidación de herencia de la señora TERESA TAPIAS DE SIERRA, a través de sentencia o escritura pública según sea el caso. Condenó a la demandada UGPP a indexar los valores reconocidos a partir de enero de 2018 y hasta la fecha de su

pago efectivo, acudiendo para ello a los índices de precios al consumidor certificados por el DANE. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la UGPP y probada la excepción de «falta de legitimación en la causa por pasiva» alegada por FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. y FIDUPREVISORA SA. como administradoras del FONCEP, finalmente, absolvió a la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A y FIDUPREVISORA S.A., como administradoras del FONCEP, de todas las pretensiones incoadas en su contra. Condenó en costa a la UGPP.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que la pensión de sobrevivientes es una pensión que hace parte del Sistema de Seguridad Social Integral, consagrado en la Ley 100 de 1993, arts. 46 y 47, adujo que, los derechos sociales, como es el caso de las mesadas de pensión de sobrevivientes, hacen parte del patrimonio de las personas y, por lo tanto, es un derecho con contenido económico, evaluable, estimable dinerariamente y transmisible a los herederos conforme a lo normado por el Código Civil. Expuso que, en materia pensional se concreta la causación del derecho, entendida como el momento en el que el beneficiario reúne la totalidad de los requisitos exigidos para tal fin, así no haya efectuado la reclamación. Señaló que, desde el momento en que el causante falleció, quien administraba su pensión fue la UGPP. Explicó que, sí se causó el derecho de pensión de sobrevivientes en cabeza de la señora TERESA TAPIAS DE SIERRA, desde el 29 de octubre de 2017, día siguiente del fallecimiento del pensionado GABRIEL SIERRA VERGARA, agregó que, de las documentales allegadas, fue evidente que el antes mencionado, era pensionado de la UGPP, asimismo, esta misma entidad, por medio de Acto Administrativo reconoció el derecho a la pensión de sobrevivientes de la cónyuge del fallecido, mencionó que según el registro de defunción, la señora TAPIAS DE SIERRA falleció el 13 de enero de 2018, quedando sin efecto jurídico la Resolución del 23 de febrero de 2018 por haber sido el fallecimiento antes de la emisión del Acto Administrativo antes mencionado, en consecuencia, no se tendrían mesadas causadas y no reportadas a favor de la beneficiarias, anotó que, por lo anterior, llegó a la conclusión de que son infundadas las razones de la UGPP respecto de que no existe ninguna mesada causada en favor de la señora TERESA TAPIAS DE SIERRA. Precisó que fue pertinente, clara y fehaciente la prueba que la cónyuge del causante sí causó el derecho a la pensión de sobrevivientes y por tanto, se generaron las mesadas pensionales a favor de ella, a partir del día siguiente del fallecimiento de quien era pensionado GABRIEL SIERRA VERGARA y hasta el día en que ella falleció, no como indicó la UGPP en la contestación de julio de 2018 y por encontrarse fallecida la suceden sus herederos en este derecho patrimonial,

que les fue negado en sede administrativa, por lo que encontró razón a la parte actora para que la demandada deba reconocer y pagarle a la herencia de la señora TERESA TAPIAS DE SIERRA ese retroactivo de mesadas pensionales, causado desde el 29 de octubre de 2017 hasta el 13 de enero de 2018. Manifestó que el valor de $28.868.088.56 que en principio había certificado la demandada, es el que efectivamente corresponde, haciendo los cálculos matemáticos a lo adeudado desde el 29 de octubre de 2017 al 13 de enero de 2018, pero mencionó que, en ese valor se dejó de incluir la mesada adicional de diciembre de 2017. Advirtió que se debe absolver al FOPEP por asistirle razón a sus argumentos de defensa, pues no es ella la legitimada para resolver ni decidir sobre la concesión de derechos pensionales, ni en punto de si asiste el derecho al pago de mesadas de pensión de sobrevivientes. Resaltó que, sobre la legitimación de causa por activa, los cinco demandantes probaron que son los herederos determinados, siendo hijos de la señora TERESA TAPIAS DE SIERRA, informó que, para reclamar los pagos de la sentencia, deberán los actores acreditar ante la demandada UGPP la liquidación de herencia correspondiente, bien sea con la sentencia de juicio de sucesión o la escritura pública correspondiente, a fin de tener certeza de la inexistencia de otros herederos interesados. Respecto de las excepciones propuestas por la UGPP, señaló que no prosperan, específicamente frente a la de prescripción, estableció que no se cumplieron los términos de los tres años de prescripción de mesadas, conforme al art. 488 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que no están prescritas las mesadas que corresponden al retroactivo; en cuanto a las excepciones alegadas por las fiduciarias, informó que prosperaron las de «falta de legitimación de causa por pasiva», añadió que siendo solicitada la indexación de la condena, este pedimento resultó procedente desde enero de 2018 hasta la fecha en que se pague la prestación, finalmente resaltó que conforme lo estableció la Ley y la jurisprudencia, autorizó a la UGPP al descuento en Seguridad Social en salud, respecto del retroactivo de mesadas

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación parcial, respecto a la obligación que le impone a los accionantes de tramitar un proceso de sucesión para reclamar el pago de las prestaciones que sean reconocidos en la sentencia, con base en lo establecido en el Capítulo décimo del Decreto 1848 de 1969, el cual consagró que los derechos laborales de directores oficiales no son parte de la masa sucesoral, asimismo, los artículos 80 y 92 del mismo Decreto que habla sobre las pensiones y la Ley 33 de

1973. Aduce que, no haciendo parte de la masa sucesoral no es obligación tramitar proceso de sucesión por lo que manifestó que la Ley establece que se deben pagar de manera directa estas prestaciones cuando una persona fallece y ordena la publicación de los edictos para que en los 30 días siguientes comparezcan a su reclamación los interesados.

Por su parte, la apoderada judicial de la demandada **UGPP** interpuso recurso de apelación parcial, sosteniendo los puntos señalados en la contestación de la demanda y en los alegatos, anotó que, se ignoraron las alegaciones expuestas en la audiencia, en la que se señaló de manera enfática que, la parte actora ni siquiera había agotado la reclamación administrativa, haciendo referencia particular a la radicación dónde solicita la certificación de los valores, pues en este, no solicitó el reconocimiento o cancelación de los valores, sino simplemente certificados, por lo que se remitió al artículo 6° del Código Procesal del Trabajo, el cual hace alusión a la reclamación administrativa, enfatizando que, la solicitud tiene que ser específica para lo cual reiteró que, no hay la reclamación administrativa directa, cómo lo evidencian los escritos que aportó la parte actora, aunado a ello, señaló que deben ser tenidos en cuenta los artículo 167 del Código General del Proceso y el artículo 1326 del Código Civil, respecto de las mesadas a las que hubo lugar su causación. Agregó que, en efecto hay un Acto Administrativo en firme, pero como unas mesadas ya estaban causadas, tienen un tratamiento o una naturaleza civil, por lo que consideró relevante definir la sucesión en la que correspondiere la definición de las hijuelas que correspondieren a los herederos determinados e indeterminados, también explicó que la situación herencial del presente asunto no se encontró definida por parte de la UGPP. Finalmente, de ser confirmada la sentencia de primera instancia, solicitó se mantenga la autorización para que la UGPP pueda realizar los correspondientes descuentos de salud que se hubiesen causado, acogiéndose al Acta de Conciliación allegada por la misma entidad en audiencia

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 UGPP alegó en similares términos a los expuestos en la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora y las demás accionadas guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar si los demandantes se encuentran legitimados para reclamar el retroactivo pensional con ocasión de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida a la causante, de igual manera verificar si se les debe pagar directamente la suma que resulte.

CONSIDERACIONES

Con la finalidad de resolver el problema jurídico, es necesario señalar que se acreditó que la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL -CAJANAL, le reconoció al señor GABRIEL SIERRA VERGARA pensión mensual vitalicia de jubilación Resolución No. 04613 del 21 de mayo de 1987, a partir del 1º de mayo de 1986 (fls. 74 a 79); la cual fue reliquidada por Resoluciones 7887 del 19 de septiembre de 1988, 27629 del 30 de septiembre de 2002 en cuantía de $273.877,11 efectiva a partir del 01 de julio de 1987. Asimismo, que el mencionado señor falleció el 28 de octubre de 2017. Aunado a ello, se encuentra que mediante Resolución RDP 007292 del 23 de febrero de 2018 la UGPP ordenó reconocer y pagar una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor GABRIEL SIERRA VERGARA, a la señora TERESA TAPIAS DE SIERRA a partir del 29 de octubre de 2017, en calidad de cónyuge o compañera permanente (fl. 4-5, Exp. Adtivo CD fl. 82). Además, que la mencionada señora falleció el 13 de enero de 2018, tal y como se advierte del registro civil de defunción obrante en el expediente (folio 11).

Ahora bien, previo a resolver el problema jurídico planteado, estima la Sala que los demandantes e hijos de la causante, sí se encuentran legitimados para reclamar el derecho al reconocimiento de las mesadas retroactivas que se le reclaman en el presente proceso a la UGPP, pero en nombre de la causante y no a nombre propio, independiente de la calidad que invoquen o acrediten respecto de esta; por lo anterior, se precisa que para lo que no están facultadas es para recibir a su nombre las mesadas que se deriven del derecho al retroactivo pensional causado, y ello es así porque a la fecha la UGPP no las ha reconocido como herederas o legatarias de la causante, ya que una vez fallecida esta, es que se difiere la herencia, por lo que el retroactivo pensional a que tenía derecho en vida la señora TERESA TAPIAS DE SIERRA, se convierte en un crédito a su favor que ha de integrar o forma parte de la masa sucesoral, pues como es sabido al tenor del artículo 1012 del CC la sucesión de los bienes de una persona se abre al momento de su muerte, por lo que será el

juicio o tramite sucesoral que se adelante ante la instancia correspondiente, el que determinará a quien o a quienes les corresponde dicho retroactivo.

Es así que, dada la vocación de suceder a la causante en sus derechos y obligaciones, es que a la parte actora le asiste legitimación para reclamar la configuración o la causación del derecho al retroactivo al que eventualmente hubiere tenido derecho su fallecida madre, pero el mismo no debe pagárseles directamente como lo solicita la parte actora, sino que debe ir con destino a la herencia de la causante, tal y como lo estimó el a quo.

En conclusión, itera la Sala de Decisión que los demandantes si se encuentran legitimados, en este caso, para reclamar la configuración del retroactivo que posiblemente dejó causado la pensionada por sobrevivencia, pero no para su recepción directa, por lo que no le asiste razón al recurrente en este punto.

Dilucidado lo anterior y en lo que refiere al retroactivo reclamado, como ya se explicó, la UGPP reconoció a la causante TERESA TAPIAS DE SIERRA el derecho pensional por sobrevivencia a través de la Resolución RDP 007292 del 23 de febrero de 2018, danto trámite a la solicitud que en tal sentido se hiciera el 23 de noviembre de 2017, no obstante, según se deduce del oficio 1420 del 18 de julio de 2018 dirigida a una de las aquí demandantes, se indicó que *«No obstante, según registro de defunción la señora Teresa Tapias de Sierra, falleció el 13 de Enero de 2018 y la fecha de emisión de la resolución precitada fue el* ***23 de Febrero de 2018****, es decir que el fallecimiento fue antes de la emisión del Acto Administrativo, por lo tanto****, éste no tiene efectos jurídicos y en consecuencia NO existen mesadas causadas y no reportadas** *a favor de la beneficiaría. Así las cosas, se le comunica a usted que por favor haga caso omiso del oficio con radicado UGPP No. 20181420236486l fechado el 17 de Mayo de 2018, en el cual se le informó una cuantía correspondiente a las mesadas causadas y no cobradas, ya que como se dijo en líneas anteriores, NO existen valores a favor de los posibles herederos, toda vez que la resolución No. RDP 007292 del 23 de Febrero de 2018 no tiene efectos jurídicos».*

Lo anterior, resulta inadmisible por cuanto, en primer lugar no existe acto administrativo de revocatoria directa de la prestación y mucho menos el consentimiento del beneficiario, lo cual, en segundo lugar sería improcedente en tanto y en cuanto, para que proceda la revocatoria directa de las pensiones, en los términos de la sentencia SU189-2019 deben existir «*Solo motivos reales, objetivos,*

trascendentes, y verificables, que pudieran enmarcarse en un comportamiento criminal justifican la revocatoria, sin el consentimiento del afectado», aspecto que no se vislumbra en la presente causa, de ahí que sea procedente el reconocimiento de las mesadas causadas en vida y no reclamadas por la causante, desde el 29 de octubre de 2017 hasta el día 13 de enero de 2018.

Se debe anotar que la excepción de prescripción no se encuentra probada, dado que el retroactivo se causó a partir del 29 de octubre de 2017 y la parte actora solicitó el *«valor correspondiente por pensión de sobreviviente»* por pagar a la causante el 10 de mayo de 2018 (fl. 6), con la finalidad de incluir tales valores en el juicio de sucesión, siendo contestada con la respuesta emitida el 17 de mayo de 2018, de modo que no se excedió el término previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. Con ello también queda de presente que, contrario a lo señalado por la parte recurrente, sí se agotó en debida forma la reclamación administrativa, que, en todo caso, no era este el escenario procesal para ventilarlo, sino con la presentación de la respectiva excepción previa.

En ese orden, y con el ánimo de calcular el retroactivo adeudado se tiene que la prestación sustituida para el año 2017 ascendía a la suma de $8.206.469.31 (fls. 12 y 13), que incrementada al año 2018 asciende a $8.542.113,90. En tal medida el monto del retroactivo calculado al 13 de enero de 2018 arroja la suma de $28.868.088,56, suma que es igual a la que efectuó el a quo y por ello debe confirmarse, al igual que la orden indexarla al momento del pago, con la finalidad de paliar la devaluación del peso colombiano por efecto de la inflación.

Así mismo, se confirmará la condena de autorizar a la entidad demandada para que del retroactivo pensional realice el descuento de las sumas que correspondan con destino al sistema de seguridad social en salud de conformidad con lo reglado por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

En tal virtud, quedan resueltas las apelaciones formuladas por las partes y la consulta a favor de la UGPP. 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,

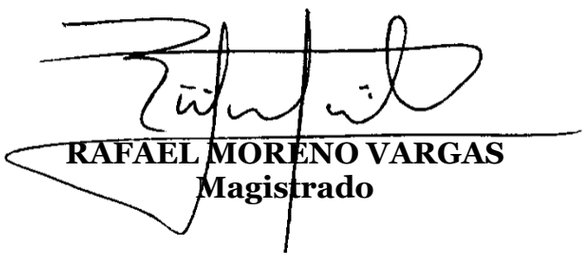
RESUELVE

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

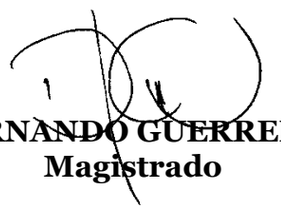
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

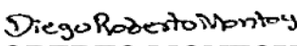
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de WILLIAM PÉREZ ARIAS contra INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACION Y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO COOPPORVENIR. Rad. 110013105-031-2020-00232-01.

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 parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el dos (02) de julio de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **WILLIAM PÉREZ ARIAS** instauró demanda ordinaria laboral en contra de INDUPALMA LTDA. EN LIQUIDACION Y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO COOPPORVENIR, con el fin de que se declare que existió un contrato de trabajo realidad a término indefinido desde el día 06 de enero de 2015 hasta el día 30 de junio de 2017, sin solución de continuidad, desempeñando el cargo de *oficios varios*, vinculación que terminó por causa imputable a la empleadora. Como consecuencia de ello, solicitó se declare que hubo indebida tercerización laboral, por parte de INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACION, que la Cooperativa de Trabajo Asociado Coopporvenir, ejerció labores de INTERMEDIACION LABORAL ILEGAL. Que se declare que durante la vigencia de la relación laboral se desempeñaba como empleado, bajo la continuada dependencia y subordinación de su empleador directo. Que se declare que el salario devengado durante el último año de relación laboral fue de SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MIL, CIENTO DIECISIETE PESOS MENSUALES ($737.717).

Que se declare que, durante la vigencia de la relación laboral, la empresa no le suministró lo correspondiente a CALZADO Y OVEROL para trabajar, además de ello no se le canceló AUXILIO DE TRANSPORTE, AUXILIO DE ALIMENTACION, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES. Que se declare que durante la vigencia de la relación laboral no recibió la liquidación de sus prestaciones sociales correspondientes a CESANTIAS, INTERESES DE CESANTIAS, PRIMAS DE SERVICIOS y VACACIONES.

Seguido de ello, solicitó se declare que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo, suscrita entre INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACION y el sindicato SINTRAPROACEITES motivo por el cual solicitó condenar a la demandada a pagar y reconocer los beneficios establecidos en las convenciones desde el 1 de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2020; como lo fue también el reconocimiento del salario a pagar a un trabajador de cooperativa, al que INDUPALMA LTDA, le cancelaba a un operario agrícola para el año 2017. Que se declare que la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, debe hacerse conforme lo normado en la convención colectiva de trabajo, suscrita entre INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACION y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO COOPPORVENIR.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó se condene a la empresa INDUPALMA LTDA, a pagar auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, sanción moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, sanción por no pago de los intereses de cesantías, aportes a seguridad social en salud y pensión adeudados durante la vigencia de la relación laboral con sus respectivos intereses de ley, calzado y vestido de labor, indemnización por despido sin justa causa conforme lo establecido en la Convención Colectiva del Trabajo, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de navidad, prima de vacaciones e indexación de las condenas.

Por último, solicitó se ordene al MINISTERIO DEL TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL, imponer las sanciones correspondientes a las demandadas por la violación de las normas relativas a la seguridad social (Expediente Digital: 002. Escrito de Demanda, 008. memorial de subsanación de dda. 19 de agosto de 2020)

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada **INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LTDA – INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACION**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el accionante no prestó de forma personal, ni bajo continua subordinación para con INDUPALMA, actividad o funciones propias del objeto social en el cargo de oficios varios entre el 6 de enero de 2015 al 30 de junio de 2017. Agregó que carece de sustento jurídico y factico, imputar la causa de la terminación del contrato de trabajo, cuando entre INDUPALMA y el demandante no existió vínculo laboral. En cuanto a la relación entre INDULPALMA y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO COPPORVENIR, explicó que fueron suscritas ofertas para la prestación de servicios de procesos y subprocesos agrícolas para diferentes actividades, la última de ellas para la poda, cosecha, limpieza mecánica (oferta No. 18366) con vigencia hasta el 15 de julio de 2018. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia del vínculo de la relación laboral», «inexistencia de obligaciones a cargo de Indupalma LTDA», «ausencia de intermediación laboral entre Indupalma y Coopporvenir», «falta de título y causa», «prescripción», «buena fe de Indupalma LTDA hoy en liquidación» y «genérica». (Expediente Digital 014. contestación de demanda indupalma)

Mediante auto del veintiuno (21) de septiembre de 2020, el Despacho tuvo por no contestada la demanda por parte de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO COOPPORVENIR, encontrándose debidamente notificada y habiendo transcurrido el término de contestación (Expediente digital: 015. 11001310503120200023200 Contesta y oficia)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 02 de julio de 2021, decidió absolver de la totalidad de las pretensiones incoadas por el accionante a las demandadas INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LIMITADA – INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACION y a la COOPERATIVA COOPPORVENIR CTA. Finalmente, condenó al accionante al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de cada una de las demandadas.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, argumentó que la Cooperativa COOPPORVENIR, fue creada para prestar servicios agrícolas, no solo los servicios de cosecha de palma africana; que se encontró demostrado que al trabajador le

fueron entregados los estatutos de la cooperativa, el régimen interno de trabajo asociado, el régimen de compensaciones, contrato de asociación y el reglamento de salud ocupacional. Adicional a ello, señaló que también se probó que el demandante antes de firmar el convenio de trabajo asociado en enero de 2015, le fue realizada una inducción, en donde le indicaron la forma en la que debía realizar las labores y cumplir con sus compromisos como trabajador asociado, además le fue realizada inducción en seguridad y salud en el trabajo, ambas inducciones realizadas por la Cooperativa. Además de lo anterior, advirtió que le hicieron entrega de elementos como botas, camisetas, pantalones para el trabajo, y que fue afiliado por la Cooperativa, a la ARL Positiva, caja de compensación familiar, EPS Coomeva, figurando como empleado de la COOPPORVENIR. Asimismo, señaló que el actor realizó curso de trabajo asociado, que las sanciones y descargos eran impuestos por el la Cooperativa conforme al Reglamento de Trabajo Asociado, y que el demandante se retiró voluntariamente de la CTA, el 23 de junio de 2017.

Añadió que el demandante siempre disfrutó de los beneficios de ser afiliado, por cuanto recibió préstamos de dinero, y se le realizó devolución de aportes por valor de $2.590.000 más intereses. Igualmente, informó que las herramientas y elementos con los que el actor laboraba eran de su propiedad, algunos de propiedad de la Cooperativa, y otros como búfalos y carromatos eran de INDUPALMA, entregados en título de comodato a la CTA. Por todo lo anterior, manifestó que resultaba claro que lo que existió fue un convenio de asociación, donde el demandante era trabajador asociado de la Cooperativa; que COOPPORVENIR no incurrió en la prohibición del artículo 2.2.8.1 del Decreto Único Reglamentario 1072 de 2015 y que, aunque INDUPALMA habría sido sancionada, a la luz del Artículo 23 de la Constitución Nacional y del artículo 24 del CST, prima la realidad sobre las formas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación en el efecto suspensivo, argumentando que el artículo 16 y 17 del decreto 4588 de 2006, estableció que el afiliado que fuera enviado a prestar sus servicios para una persona natural o jurídica, será considerado trabajador dependiente de esta, ya que fue este tercero quien se benefició con su trabajo. Señaló que se incurrió en la prohibición legal para la intermediación, en la medida en que la actividad fue permanente y en casos que no autoriza la ley, además de haber excedido el límite temporal de vinculación a un

trabajador asociado. Por lo anterior, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y en consecuencia se concedan 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 partes guardaron silencio y no presentaron alegatos de conclusión.

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 WILLIAM PÉREZ ARIAS y la demandada INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN existió un contrato realidad de trabajo y, eventualmente, si este se ejecutó con intermediación de la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPPORVENIR.

CONSIDERACIONES

Para desanudar el problema jurídico planteado, es preciso señalar que de acuerdo con la jurisprudencia laboral que 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 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 y 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».

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 plenamente demostrado lo siguiente:

- INTERROGATORIO DE PARTE WILLIAM PÉREZ ARIAS: Manifestó que estuvo afiliado a la COOPPORVENIR, desde el 6 de enero de 2015 hasta el 30 de julio de 2018; que, en el desempeño de sus funciones como afiliado de la cooperativa, ejecutaba labores de mulero, recogedor de fruta, abonador, poda, cercas y oficios varios, en las plantaciones de INDUPALMA. Que recibía sus pagos quincenalmente por parte de COOPPORVENIR, quien lo afilió a seguridad social. Agregó que la Cooperativa era la que daba los horarios, que INDUPALMA daba los cortes al Gerente de la cooperativa, quien a su vez les daba los cortes a los trabajadores afiliados. Indicó que las órdenes las daba el supervisor de INDUPALMA, sin embargo, añadió más adelante que el gerente de la Cooperativa dialogaba con el supervisor de INDUPALMA, para discutir las labores que iban a prestar. Aclaró que los trabajadores de INDUPALMA no cumplían las mismas funciones que los trabajadores de la Cooperativa, y que para cumplir sus funciones debía comprar sus propios elementos. Dijo que no estuvo afiliado al sindicato, que hizo un curso de Cooperativismo en el SENA llamado “20 HORAS COOPERATIVAS”.
- INTERROGATORIO DE PARTE REPRESENTANTE LEGAL DE INDUPALMA JUAN MANUEL BUARACA ORDOÑEZ: Señaló que es representante legal desde el año 2013; que desde el año 2005 aproximadamente, la COOPPORVENIR venia suministrando a INDUPALMA las labores agronómicas en el cultivo de la palma. Que los implementos como Búfalos, mallas, carromatos, eran suministrados por INDUPALMA a la COOPERATIVA para ser utilizados en la cosecha. Agregó que las labores de la Cooperativa no eran constantes.
- INTERROGATORIO REPRESENTANTE LEGAL DE COOPPORVENIR JOSÉ MONCADA GUERRERO: Manifestó conocer al demandante porque fue afiliado de la Cooperativa por dos años aproximadamente; que las labores de la Cooperativa eran agrícolas; que prestaban sus servicios a INDUPALMA, con quienes suscribían una oferta mercantil, donde se

establecían las funciones a cumplir. Adujo que el actor estuvo afiliado a la Cooperativa desde el mes de enero de 2015 hasta junio de 2017, y que ganaba dependiendo de los que trabajara. Afirmó que al demandante se le afilió a todo, esto es, a parafiscales y seguridad social; que el actor se retiró voluntariamente de la Cooperativa. Señaló que las maquinas grandes eran de propiedad de INDUPALMA, maquinas como carromatos, búfalos; pero que los implementos para desempeñar sus labores como antena, malayos, machetes, limas, guantes eran de cada trabajador. Concluyó que a la Cooperativa no le quedaron debiendo nada pues todo se le pagó y que las relaciones con INDUPALMA fueron muy buenas y siempre las mejores.

- TESTIMONIO GLORIA AMPARO ESCOBAR, GERENTE DE INDUPALMA: Indicó que no conoció al demandante. Explicó que los búfalos y carromatos, estaban en comodato con la Cooperativa; que la relación con la COOPPORVENIR cesó al mismo tiempo que cesó con todas las demás CTA, en julio de 2018, pues continuaron con una nueva forma de contratación de las actividades de campo a través de SAS. Afirmó que las actividades que ejercían los afiliados a las Cooperativas eran diferentes a las realizadas por los trabajadores directos de INDUPALMA, ya que estos contaban con cargos de operarios agrícolas, supervisores, interventores delegados en campo; que estos últimos se dedicaban a verificar que se estuviera cumpliendo con las obligaciones suscritas en la oferta mercantil. Explicó que el supervisor no daba órdenes, y que su función era exclusivamente reportar al jefe agronómico si se presentaban novedades, y en algunos casos al gerente de la Cooperativa. Por otro lado, informó que los operarios agrícolas se encargaban de temas de investigación y desarrollo, producción de semillas y monitoreo de plagas, pero que las labores de cosechas y mantenimiento estaban contratadas a través de ofertas mercantiles con Cooperativas.
- TESTIMONIO JOSUÉ GIRALDO ARIZA: Manifestó que labora en INDUPALMA desde agosto de 2015, que no conoce al demandante. Explicó que la COOPPORVENIR tenía ofertas mercantiles con INDUPALMA, para ejecutar labores en el área agronómica, como cosecha y mantenimiento del cultivo. Aseveró que el personal asociado de la Cooperativa, trabajaba con sus propias herramientas, y que, asimismo, eran independientes, autónomas, en cuanto horarios de trabajo.
- TESTIMONIO ERWIN TOLOSA CAMACHO: Trabajó en INDUPALMA de 2012 a 2019, en el ámbito de desarrollo empresarial y responsabilidad social empresarial, los cuales brindaban acompañamiento para el buen

funcionamiento de los grupos de interés y cooperativas. Señaló que COOPPORVENIR, prestaba servicios agronómicos a través de ofertas mercantiles con la empresa INDUPALMA. Agregó que INDUPALMA brindó capacitaciones en emprendimiento, conservación del medio ambiente, desarrollo del ser, valores, derechos humanos, y además promovían la participación en el SENA y otras instituciones. Indicó que las capacitaciones se comunicaban a través del gerente, se vinculaba todo aquel que quisiera capacitarse en estos programas incluidas madres cabeza de familia y la comunidad. Informó que desde que entró a trabajar en el año 2012 ya la cooperativa prestaba servicios para INDUPALMA, extendiéndose hasta el año 2018. Adujo que la contratación con las cooperativas finalizó por un cambio que hubo de CTA a SAS. informó que las labores de la cooperativa eran netamente agrícolas como tales como cultivo de Palma, cosecha, mantenimiento, fertilización entre otros; Y que para desempeñar estas labores se usaban palines, cuchillos y machetes que se los proporcionaba la cooperativa al igual que los elementos de protección personal. Por su parte, los búfalos y carromatos eran de INDUPALMA, pero eran entregados a la cooperativa a través de un contrato de comodato. También informó que el desplazamiento de los trabajadores a las plantaciones los realizaba la cooperativa y que los gerentes eran quienes informaban los horarios a cumplir.

- TESTIMONIO LEISER LESMES AGREDO: Este testigo manifestó que trabajaba en INDUPALMA, desde hace 17 o 18 años, que conoció al demandante porque trabajaban juntos, desde enero de 2015 hasta el año 2017 pero que desconoce por qué se retiró. Informó que para ingresar a la cooperativa debían llevar hoja de vida, y que los metían al Seguro, salud y riesgos. Que al entrar les realizaban una inducción por parte del gerente de la cooperativa y les daban a conocer el reglamento de trabajo. En cuanto al actor, indicó que era mulero, que manejaba buffalo, recolectaba gajos cargando los frutos que se recogían en un carromato, también abonaba, cosechaba y alguna vez lo vio fumigando. Que para cumplir con estas funciones utilizaba guantes, machetes los cuales debía comprar cada uno. Manifestó que los búfalos y carromatos eran de INDUPALMA, que la cooperativa tenía contratos con esta demanda a través de ofertas mercantiles; que el pago correspondía a lo que trabajaran, por ejemplo si recogían 2 toneladas de Palma eso les pagaba la cooperativa.
- TESTIGO HERMES JIMÉNEZ: señaló que trabaja en INDUPALMA, que conoce a William porque son vecinos y trabajaron juntos en la cooperativa,

> desde el 06/01/2015 hasta el 30/06/2017. Explicó que el proceso para ingresar a la cooperativa era pasar una hoja de vida y realizar un examen físico; que el demandante se desempeñó como bufalero, mulero, abonada y polinizaba. Dijo que el búfalo lo prestaba INDUPALMA, que no había horario fijo ya que cada trabajador decidía hasta que horas trabajaba; indicó que no sabe quién le pagaba a William pero que a él le pagaba don José Moncada. también expresó que la cooperativa y el Consejo se encargaban de verificar que se estuvieran desempeñando bien las labores con el fin de corregir las cosas. Agregó que la cooperativa contrataba buses para que se movilizaran los trabajadores a los campos, y que la misma los afilió a Seguridad Social.

Adicionalmente a lo anterior, fue allegada en un solo archivo por parte de la cooperativa COOPPORVENIR, carpeta contentiva de la hoja de vida del demandante señor William Pérez Arias, igualmente fue a llegado en el mismo documento contrato de asociación suscrito entre el actor y el señor José del Rosario Moncada Guerrero en calidad de representante legal de la cooperativa de trabajo asociado COOPPORVENIR. Asimismo, fue allegada acta de entrega de documentos al actor de dónde se desprende que le fueron entregado estatutos, régimen interno de trabajo, régimen de compensaciones, y copia debidamente firmada del contrato de asociación y de los reglamentos de salud ocupacional al trabajador asociado; aunado a ello, se encontró carta de solicitud de ingreso al Consejo de administración de la cooperativa COOPPORVENIR, de fecha 02/01/2015; igualmente, se encontró documento de inducción de ingreso de fichas técnicas internas de actividades de la Palma de aceite y corte de fruto, documento donde se dan las pautas para la cosecha recolección y almacenamiento del fruto, e igualmente se dan las pautas para todo lo relacionado con el mantenimiento, entre estos poda, guachapeo con guadaña, replateo y aplicación de fertilizantes, así como los compromisos adquiridos con la cooperativa. Adicional a lo anterior, fueron allegados exámenes ocupacionales de ingreso y egreso, certificado de asistencia y compromiso en seguridad y salud en el trabajo de enero de 2015, acta de entrega de elementos de protección y dotación individual al demandante, certificaciones de afiliación a COLPENSIONES, ARL POSITIVA, caja de compensación familiar COMFENALCO SANTANDER, afiliación en salud EPS COOMEVA, certificado de CURSO BÁSICO DE ECONOMÍA SOLIDARIA CON ÉNFASIS EN TRABAJO ASOCIADO de enero de 2015 con intensidad de 20 horas, comunicaciones de suspensión de labores a la accionante por parte del Consejo de administración de la cooperativa por incumplimiento en sus labores y por inasistencia, llamado a

descargos, y carta de retiro voluntario del 23/06/2017. También fue allegado, documento de devolución de aportes por valor de $3'631.982, con un descuento de $1'320.050 por préstamos realizados a la cooperativa (Expediente digital: 028. 2020-232 documentacion COOPORVENIR).

De acuerdo con las mencionadas pruebas, en principio, encuentra esta Colegiatura que efectivamente el demandante en virtud de ofertas mercantiles suscritas entre la cooperativa COOPPORVENIR e INDUPALMA, sí prestó servicios personales a esta 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 INDUPALMA 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 COOPPORVENIR suscribió con INDUPALMA una oferta mercantil que tuvo por objeto la venta de servicios de agronómicos.

Por efecto de ello, y como quiera que se trata de una operación que realizaba anteriormente INDUPALMA, ésta ya contaba con los bienes muebles requeridos para la ejecución de dichos procesos, razón por la cual, se celebró un contrato de comodato entre las demandadas, el cual tuvo por objeto permitir el préstamo de uso de búfalos y carromatos propiedad de INDUPALMA, a fin de satisfacer las necesidades de infraestructura para la correcta prestación de los servicios. Igualmente, se encontró demostrado que para la ejecución de las labores contratadas en la oferta mercantil los trabajadores asociados debían contar con sus propios elementos y herramientas de trabajo, tales como machetes, guantes, cuchillos, palines entre otros, que eran comprados por cada trabajador asociado o suministrados por la cooperativa.

Ahora bien, de conformidad con los estatutos de la CTA COOPPORVENIR, es claro que su objeto social consistía en generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, a través de la prestación de servicios agrícolas mediante el trabajo personal de los asociados, de acuerdo con sus capacidades y las especificaciones de las labores a desarrollar sin sujeción a la legislación laboral ordinaria, que en nada se relacionaba con la actividad principal de INDUPALMA, esto es, cultivo de oleaginosas y cualquier otro cultivo lícito, la extracción y/o producción y/o

transformación y/ o comercialización y / o exportación o importación de aceite de palma y de palmiste, torta de palmiste y demás productos y subproductos de los mismos cultivos, también de semillas y plántulas, y la prestación de servicios de asesoría y administración de cultivos de oleaginosas y demás cultivos.

De otra parte, no se halla dentro del plenario que fuera INDUPALMA quien ejerciera tanto la subordinación técnica como disciplinaria sobre el demandante, incluso, se evidencia que en varias oportunidades el Consejo de Administración de la cooperativa le llamó la atención al accionante y lo citó a descargos, lo que evidencia que era la cooperativa la que tenía la potestad disciplinaria sobre el demandante. Aunado a lo manifestado, de las pruebas testimoniales que fueron recibidas en audiencia, se logró constatar que aunque había un supervisor de INDUPALMA en el campo, este únicamente se encargaba de reportar al jefe agronómico si se presentaban novedades, y en algunos casos al gerente de la cooperativa, sí así era requerido, más no daba órdenes a los trabajadores asociados de la cooperativa; además, también se encontró demostrado que los trabajadores eran trasladados al lugar de trabajo por buses contratados por la cooperativa y que los horarios eran decididos por la cooperativa o por cada trabajador.

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, donde ejecutó labores de mulero, 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 INDUPALMA 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 fueron contestes en manifestar que las labores se cumplían con elementos propios, en horarios establecidos por la cooperativa y que las funciones y actividades a realizar eran establecidas por el gerente don José Moncada Guerrero.

Por todo lo anterior, la sala confirmará la sentencia de primera instancia en todas sus partes al encontrarse ajustada a derecho. 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,

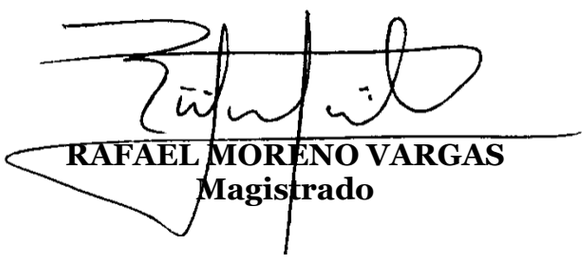
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, de fecha dos (02) de julio de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

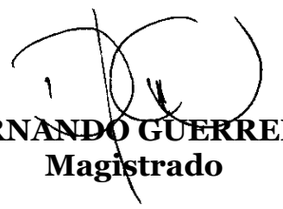
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

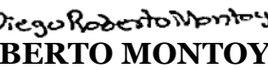
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE AIR HENRY BALVIN AVENDAÑO contra HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS DE LUIS GUILLERMO CARDOZO – CONSTRUCCIONES LUIS GUILLERMO CARDOZO S.A.S. Rad. 110013105-028-2018-00344-01.

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 a favor de la parte demandante, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el día 29 de julio de 2021.

ANTECEDENTES

El señor AIR HENRY BALVIN AVENDAÑO, pretendió que por esta vía judicial se declare que el 1 de julio de 2012 empezó a laborar en forma personal y subordinada al servicio de la sociedad CONSTRUCCIONES LUIS GUILLERMO CARDOZO S.A.S.; que se declare que la sociedad pactó la relación laboral con el accionante mediante un contrato de trabajo verbal a término indefinido. Que se declare que los extremos laborales se mantuvieron desde el 1 de julio de 2012 al 31 de agosto de 2016. Que se declare, que el 31 de agosto de 2016, el fallecido le manifestó verbalmente que la obra había terminado y desistía de sus labores sin pagar las acreencias a las que tenía derecho. Además de ello, solicitó se declare que los herederos determinados e indeterminados del fallecido, son responsables de todas y cada una de las acreencias

laborales que durante la relación laboral, la sociedad CONSTRUCCIONES LUIS GUILLERMO CARDOZO S.A.S y el señor LUIS GUILLERMO CARDOZO MOTATIVA, no le pagó.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicitó condenar a los herederos determinados e indeterminados del fallecido LUIS GUILLERMO CARDOZO MOTATIVA a pagar los siguientes conceptos: seguridad social en pensiones, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria y las costas y agencias en derecho, todas las condenas debidamente indexadas.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, indicó que el 1 de julio de 2012, empezó a laborar en forma personal y subordinada al servicio de la sociedad demandada mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido. Que la misma sociedad, se dedica a la construcción de obra de ingeniería civil, construcción de edificios residenciales, terminado y acabado de edificios y obras de ingeniería civil. Que durante la relación laboral el accionante cumplió, desarrolló y fue subordinado por las órdenes del fallecido y desempeñando el cargo de Oficial de Construcción, con funciones consistentes en Boquillera de construcción, rematar, pulir, pintar, pañetar, fundido de cemento, amarrar hierro y testerear, en el horario de 7:00am a 5:00pm de lunes a viernes, y sábados de 7:00am a 12:00pm, con una remuneración de $1.500.000.

Adujo que, el fallecido le manifestó verbalmente el día 31 de agosto de 2016 que la obra había terminado y que desistía de sus labores, no obstante, no pagó las acreencias laborales desde el 1 de julio de 2012 hasta el 31 de agosto de 2016; así como la indemnización por no consignación de las cesantías ni la sanción moratoria (fls. 2 a 14).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Las señoras LUISA QUIMBAYO CIFUENTES y JENNY PAOLA CARDOZO QUIMBAYO por medio de apoderado judicial, dieron contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, manifestando que, de conformidad a las pruebas documentales allegadas, se puede establecer sin dubitación alguna que para el 1 de julio del 2012 la constructora no tenía existencia jurídica ya que fue creada el 26 de septiembre de 2014; por lo tanto, al no existir jurídicamente no podía celebrar contratos. Manifestaron que, el accionante se desempeñó en labores de servicios generales de obra y no para desarrollar el cargo de Oficial de Construcción, lo cual se

acredita según contrato de trabajo suscrito por el accionante. Que, durante su vinculación con la firma demandada, laboró de lunes a viernes en el horario de 7:00am a 5:00pm y los sábados desde las 7:00am hasta las 12:00pm, sin que se excediera la jornada máxima legal. Acreditó mediante prueba documental firmada por el accionante que la remuneración pactada fue por la suma de SEISIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL TRECIENTOS CINCUENTA PESOS ($644.350), es decir, el salario mínimo legal vigente para el año 2015. Además de ello, estableció que la fecha de terminación del contrato de trabajo que suscribió finalizó el 30 de junio de 2015. Señalaron que, toda vez que el fallecido no tuvo la calidad de empleador del señor AIR HENRY BALVIN AVENDAÑO, sino que simplemente ejerció el cargo de representante legal de la constructora, no se podría predicar responsabilidad laboral a cargo de sus herederos, más aún que con la demanda no se reclama solidaridad entre la sociedad demandada y su representante legal. Adujeron que, durante el desarrollo de la relación laboral entre el demandante y la constructora, que tuvo vigencia entre el 6 de enero al 30 de junio de 2015, le fue pagada la seguridad social, los intereses de las cesantías, la prima de servicios y vacaciones, es decir, le cancelaron las acreencias laborales tal y como se acreditan la liquidación, razón por la cual no habría lugar a sanción moratoria a partir del 31 de agosto de 2016. Propuso como excepciones de mérito las de «pago y cumplimiento de las obligaciones legales por parte del empleador», «falta de calidad de empleador del señor Luis Guillermo Cardozo Motavita» y la de «prescripción» (fls. 29 a 39 y 48 a 58).

Por su parte el señor JOHN ALEXANDER QUIROGA MORENO, en calidad de curador ad litem de los herederos indeterminados del señor Luís Guillermo Cardozo, señaló que no le constan los hechos en la demanda y que se opone a las pretensiones incoadas en contra de sus representados; asimismo propuso la excepción de fondo de prescripción (fls. 80-81).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del veintinueve (29) de julio de 2021, absolvió a los demandados JENNY PAOLA CARDOZO QUIMBAYO y al menor JULIAN GUILLERMO CARDOZO QUIMBAYO, representado por su madre LUISA QUIMBAYO CIFUENTES, como herederos determinados del señor LUIS GUILLERMO CARDOZO MOTAVITA, así como a los herederos indeterminados del señor CARDOZO MOTATIVA, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor AIR HENRY BALVIN AVENDAÑO. Asimismo, declaró probadas las excepciones propuestas por el extremo

pasivo denominadas pago e incumplimiento de las obligaciones legales por parte del empleador y falta de calidad de empleador del señor Luis Guillermo Cardozo Motavita; señaló como agencias en derecho la suma de $200.000 a cargo de este y a favor de la parte demandada.

Consideró el Juzgado de primera instancia en su providencia que, al apreciar las escazas pruebas encontró que no fue de mostrado que el actor prestara sus servicios de forma permanente o de forma ocasional en favor del señor LUIS GUILLERMO CARDOZO MOTAVITA, por cuanto no logró acreditar siquiera la prestación personal del servicio pues nada aportó al plenario que así lo corroborara, y aunque el demandante señaló poder probar sus supuestos ya que los pagos de seguridad social eran realizados directamente por el señor CARDOZO MOTAVITA, dicha documental no fue allegada al plenario. Es así como de acuerdo como lo dispone el artículo 167 del CGP, el Despacho pudo concluir que el demandante no cumplió con la carga de la prueba, esto es probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que se persigue, ya que en el presente caso solo se probó la existencia de un contrato de trabajo por obra labor celebrado entre las partes, ejecutada entre el 6 de enero y 30 de junio de 2015, contrato que fue finalizado por terminación de la obra y debidamente liquidado.

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 no presentaron alegatos de conclusión y guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer si en el presente proceso existió una relación laboral entre AIR HENRY BALVIN AVENDAÑO y el señor LUIS GUILLERMO CARDOZO MOTAVITA (QEPD). En caso afirmativo, verificar si hay lugar o no a condenar a los demandados al pago de las acreencias laborales aquí solicitadas.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural

se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son: la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales «carga procesal de quien demanda pues sin ello es imposible liquidar cualquier acreencia que de ella pueda surgir (artículo 167 CGP)», le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

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

- **INTERROGATORIO DE PARTE DEMANDANTE**: en su declaración el señor AIR HENRY BALVIN AVENDAÑO, manifestó que para la fecha 01 de julio de 2012, se encontraba trabajando con el señor Luis Guillermo; adujo contar con las constancias de que trabajó con él por la seguridad y por el historial de afiliación ya que era el señor Luís Guillermo Cardoso quién se las pagaba; señaló no recordar en qué año falleció el señor Luis Guillermo y afirmó que antes de fallecer ya trabajaba para él en el hotel Haya y recientemente en la construcción de 3 Torres que también se hicieron allá; agregó que conoció que después de fallecido el señor Luis Guillermo fue que le pusieron a la constructora Luís Guillermo Cardoso pero que él siempre trabajó directamente con el demandado. Señaló no recordar haber suscrito contrato de trabajo con la firma CONSTRUCCIONES LUIS GUILLERMO CARDOZO S.A.S., y al ser interrogado sí recordaba haber suscrito contrato de trabajo a término indefinido

el 06 de enero 2015, adujo que al haber transcurrido tanto tiempo no podría recordarlo; en cuanto a la liquidación del contrato de trabajo se limitó a señalar que no tienen constancia de que le hayan dado alguna plata ni de que lo hayan liquidado, y agregó no haber firmado ningún documento sobre el asunto. Agregó que recuerda haber firmado otros documentos pero no una liquidación, ante lo cual el apoderado del demandado la interrogó nuevamente sí recuerda haber firmado ante lo que señaló que si lo firmó.

Al ser interrogado por el curador ad litem, informó no recordar cuánto tiempo trabajó con el causante ni con la empresa y que sólo podría probarlo a través de la seguridad de todo el tiempo que trabajó con el señor, igualmente señaló que los contratos no eran continuos ya que se terminaban las obras y volvían a empezar otra vez, sin embargo, no recordó de cuánto tiempo aproximadamente era cada obra.

- **INTERROGATORIO JENNY PAOLA CARDOZO**: indicó que el señor Luis Guillermo Cardoso desempeñaba funciones en el área de la construcción; que en algunas oportunidades el señor Cardoso contrataba a personas naturales de manera independiente a la empresa CONSTRUCCIONES LUIS GUILLERMO CARDOZO S.A.S., también manifestó que su función dentro de la empresa era la de papelería, es decir, se dedicaba a la organización de documentos tales como afiliación de personal o los papeles del señor Luis Guillermo Cardozo, pero que esta labor sólo demoró unos meses. en cuanto al demandante señaló recordar de un contrato firmado en el año 2015 y una liquidación también suscrita por el pero que desconoce a qué entidades de Seguridad Social se encontraba afiliado este, también agregó que el demandante trabajaba en CONSTRUCCIONES LUÍS GUILLERMO CARDOZO SAS, y que sus funciones consistían en oficios generales de obras, con un horario de trabajo de 8 de la mañana a 5 de la tarde manteniendo sus horas de descanso y de almuerzo. En cuanto a la finalización del contrato de trabajo, señaló que fue por terminación de la obra pero que posteriormente no salieron más obras por lo que su papá decidió cerrar la compañía. Para finalizar, la apoderada del demandante le solicitó que indicara si el contrato se trataba de uno a término indefinido más sin embargo la interrogada contestó no saber ya que ella no manejaba la empresa, pues solo trabajó ahí por unos meses ya que se encontraba desempleada.

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

- Contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre CONSTRUCCIONES LUIS GUILLERMO CARDOZO S.A.S., y el señor AIR HENRY BALVIN

ALVEDAÑO, Con fecha de inicio 6 de enero de 2015, para prestar sus labores en el oficio de servicios generales de obra, en la carrera 57 NO. 24ª -39, de la ciudad de Bogotá (Fls. 40-42, 60-62).

- Liquidación del contrato de trabajo en la modalidad a término indefinido por el periodo de 6 de enero de 2015 a 30 de junio del mismo año, confirma y huella del demandante con la firma de un testigo (Fls. 43, 25).

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 no se acreditó la existencia de una relación laboral entre el señor AIR HENRY BALVIN AVENDAÑO y el señor LUIS GUILLERMO CARDOZO (QEPD), máxime cuando no operó la presunción del artículo 24 del CST en favor del actor, toda vez que no podría establecerse con certeza la prestación personal del servicio del actor solo con la declaración realizada por él mismo, quien además señaló en gran parte del interrogatorio no recordar las circunstancias de la firma del contrato de trabajo, de su duración ni de la liquidación, declaración que más que aclarar la situación que aquí se presenta, presentó dudas respecto de la manera cómo se desarrolló el presunto contrato laboral.

En gracia de discusión, debe recordarse que la aludida presunción legal otorga tan sólo una ventaja probatoria al trabajador, pero en ningún momento lo exonera de manera absoluta de la carga de probar los hechos en que funda sus pretensiones, pues en todo caso le corresponde acreditar además de la prestación personal del servicio, todas las demás circunstancias que rodearon la relación laboral, tales como, el salario, la jornada de trabajo, el hecho de despido, tal como lo señaló recientemente la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL2608-2019, en la que recordó:

«[…] no sobra recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación «además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (…) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» así se dejó sentado en la providencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se memoró lo dicho en la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:

[…] recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo

en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros».

A efectos de lo anterior, las pruebas allegadas al proceso, no logran precisar con claridad la prestación personal del servicio del actor en favor del demandado, pues únicamente fue escuchada su declaración y la declaración de la hija del señor Luis Guillermo Cardozo quien no tuvo pleno conocimiento de la relación que unía a las partes, pues aunque declaró en condición de demandada, lo cierto es que la señora Jenny Paola Cardoso, es la hija del fallecido Luis Guillermo Cardozo, y para la fecha en que presuntamente se desarrolló el contrato de trabajo, esta solo cumplía funciones de "papelería y organización de documentos", siendo totalmente ajeno para esta, las contrataciones que se realizaban en la sociedad, pues aunque señaló que en ocasiones su padre suscribía contratos como persona natural, lo cierto es que no hubo claridad sobre este punto, y mucho menos se logró vincular tal proceder con la situación que aquí se discute.

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

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

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

ante las autoridades judiciales, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad pueda calificarla."

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

"El principio que incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o éstas tiene validez general en el Derecho Laboral Colombiano, que ha creado un conjunto de reglas para facilitar ciertamente la demostración en juicio de los hechos debatidos, inspirándose al efecto en los principios propios de esta nueva disciplina jurídica, pero sin que los juzgadores puedan producir decisiones en conciencia. Por esto ha sido reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que el nuevo derecho no implica relevo de pruebas, es tanto más valedera cuanto que existe un Código Procesal del Trabajo que regula la manera de hacer valer en juicio los medios legales de pruebas y del sistema probatorio que rige esta clase de litigios, lo cual justifica la producción de los fallos conforme a las reglas de derecho establecidas y no en conciencia".

"Hay prestaciones que pueden librarse judicialmente en condiciones sumamente ventajosas para el trabajador, desde el punto de vista de la carga probatoria, porque sólo requieren la demostración de la existencia del contrato de trabajo con sus modalidades de tiempo servido y salario devengado y la de su terminación para que proceda el reconocimiento de los derechos que surgen de aquellos solos hechos, tales como los de cesantía y vacaciones disfrutadas".

Por lo expuesto, y atendiendo al precedente hilado por el órgano de cierre, claro es, que correspondía a la parte actora la demostración de la prestación personal del servicio, así como de los hitos temporales alegados, lo cual brilla por su ausencia e imposibilita al juez laboral realizar declaratorias y fustigar condenas sobre elucubraciones y con fundamento en meras especulaciones teóricas; siendo estos motivos más que suficientes para confirmar la decisión adoptada en primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

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

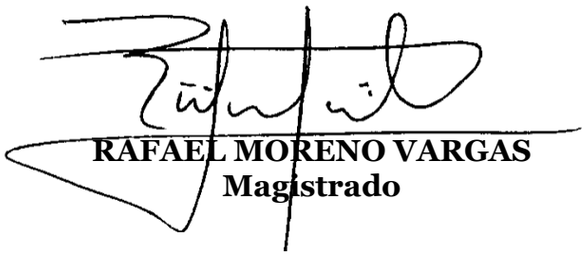
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veintinueve (29) de julio de 2021, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

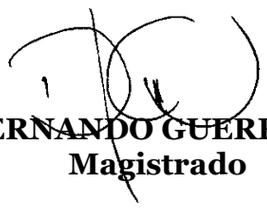
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

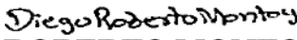
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ASTRID LOZANO CAMACHO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y OTRO. Rad 110013105-023-2020-00309-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de julio de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **ASTRID LOZANO CAMACHO** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia de la continuidad en la vinculación al régimen de ahorro individual con la AFP COLFONDOS toda vez que carece de toda validez por existir vicios del consentimiento. Se declaré valida la voluntad de estar afiliada a COLPENSIONES. Se declare y ordene a COLFONDOS, trasladar los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados. Se declare y ordene a COLPENSIONES, a recibir el traslado de régimen, los dineros que se ordene a trasladar a COLFONDOS, los cuales son necesarios para tramitar en dicho régimen la pensión de vejez de la demandante y que la misma se mantuvo sin disolución. Se ordene a COLFONDOS, a procesar y tramitar el traslado de régimen de la demandante al régimen de prima media administrado por

COLPENSIONES (Régimen de Prima Media) de forma inmediata. Se condene a COLFONDOS, asuma las consecuencias económicas y legales por la falta de información, diligencia y oportunidad en la asesoría en materia de pensiones. Que se condene a COLFONDOS, en las agencias y costas resultantes del proceso, más lo extra y ultra petita como resultado de lo que se pruebe dentro del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 09 de febrero de 1959, mencionó que ha cotizado a COLPENSIONES desde el 19 de mayo de 1987 hasta julio de 2.000 y con la AFP COLFONDOS desde mayo de 1997 ala fecha. Que para el día 19 de julio de 2000, en el lugar de trabajo de la demandante se realizó una charla grupal en la Lotería de Bogotá, en la cual COLFONDOS por medio de un promotor de ventas vendió un producto llamado Pensión Obligatoria, el día 19 de julio de 2000 el promotor de ventas indico en dicha charla en la cual estaba presente mi poderdante que teniendo en cuenta los cambios que viene haciendo el gobierno el ISS se iba a liquidar, los aportes realizados se perdería, que si no hacían algo urgente no podrían pensionarse y que **COLFONDOS** era la mejor opción por que se pensionaria con el último salario devengado y antes de la edad autorizada por el gobierno simplemente porque ellos son una empresa privada. Que dicho formulario es un formato preimpreso por la demandada COLFONDOS y al analizarlo no indica lo promovido por dicha entidad, el cual no fue diligenciado por la actora, ella simple mente firmo mas no lo diligencio y se desprende porque no se registró por lo menos el numero de la tarjeta de identidad de uno de sus hijos, ni la fecha de ingreso a la entidad, ni los números telefónicos del empleador y porque en la firma de ella hay una "X" que fue donde indico el promotor donde debía firmar. Que firmó el formulario el día 19 julio de 2000 con COLFONDOS S.A., con base a una información escaza, confusa, amañada, no veraz, no oportuna ni confiable, lo que generó desinformación y confusión en mi cliente, y por lo tanto, no permitió que la demandante escogiera en ese momento, la mejor opción, de cual régimen le era más favorable, para que en su momento pudiera obtener su derecho a la pensión de vejez, como lo exigía el artículo 12 del Decreto ley 720 de 1994, vigente para ese entonces. Que el promotor de la demandada COLFONDOS no le explico las diferencias de los regímenes pensionales representados por ISS y por COLFONDOS, solamente desprestigio el régimen público, solo con el fin de captar un afiliado más que representa una comisión para el funcionario de la demandada. Que lo anterior, generó desinformación y confusión y, por lo tanto, no permitió que escogiera en ese momento, la mejor opción, de cual régimen le era más favorable, para que en su momento pudiera obtener su derecho a la pensión de vejez.

Que la demandante no se había percatado de estas situaciones solo hasta este año, fecha en la cual preguntó los trámites para conocer el proceso de obtener la pensión en COLFONDOS y se dio cuenta que le hacían falta semanas, recibiendo la desagradable e incomprensiva noticia que la mesada con esta entidad sería muy inferior el equivalente a una garantía mínima frente a la que recibiría en COLPENSIONES, sin que COLFONDOS le haya una proyección actual de su mesada pensional en el Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES. Que el derecho al traslado de régimen de pensiones está relacionado como un derecho fundamental, que es el derecho a una pensión digna y a la irrenunciabilidad de la seguridad social, son derechos constitucionales por lo que no se aplica la prescripción de la normatividad civil ni laboral, basta con recordar el artículo 48 constitucional que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y el 53 que obliga al pago oportuno de las pensiones (Cd. Fl. 1).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, solicitando se le absuelva todas y cada una de ellas, argumentando para tal fin que en el presente caso no ha existido circunstancias que hayan viciado el consentimiento de la demandante al momento de suscribir el contrato de administración de pensiones obligatorias con la AFP COLFONDOS S.A, pues el traslado se realizó manera voluntaria y consciente, de acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo 13 de la ley 100 de 1993; que COLPENSIONES bajo ninguna circunstancia tuvo injerencia en tal determinación, razón por la cual eventual regreso del afiliado al Régimen de Prima con Prestación Definida pondría en riesgo considerablemente la sostenibilidad presupuestal del sistema, esto de acuerdo al artículo 48 de la carta política. Propuso como excepciones de fondo, las de «La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen», «Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social», «sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación», «El error de derecho no vicia el consentimiento», «Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adiciono el artículo 48 de la Constitución Política)», «buena fe de Colpensiones», «Cobro de lo debido», «Falta de causa para pedir», «Presunción de legalidad de los actos jurídicos», «Inexistencia del derecho reclamado», «Prescripción» e «innominada o genérica» (CD fl. 28 11001310502320200030900- CONTESTACION.pdf).

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que sí brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoro acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Señaló que los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, señalan que como elementos que hicieren nulidad una afiliación al Sistema General de Pensiones, en primer lugar, que la suscripción de la vinculación, no provenga del afiliado, lo cual para el presente caso no ocurrió, pues fue la señora demandante, quien de su puño y letra, suscribió en el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., así como lo expresa el formulario de vinculación. Por lo anterior, dicha pretensión carece de fundamento jurídico y asidero fáctico, pues en primer lugar no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP que represento fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento y en segundo lugar, la parte demandante suscribió el formulario de vinculación al Régimen de Ahorro Individual de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. No se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la demandante, trasladándose de régimen pensional y entre administradoras de pensiones con vinculación formal al RAIS hace más de 20 años a COLFONDOS S.A., pues la demandante, dentro del plazo que las disposiciones legales le concede para manifestar sus inconformidades, o volver al Régimen de Prima Media, no lo hizo. Formuló como excepciones de fondo las de «Inexistencia de la Obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «Buena fe», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad», «ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.», «» «Prescripción de la acción de traslado para solicitar nulidad de traslado», «compensación y pago» (CD Fl. 28 CONTESTACION DEMANDA Y ANEXOS DTE ASTRID LOZANO CAMACHO.pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 16 de julio de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por COLFONDOS S.A.

Por lo que, condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración ni por cualquier otro concepto. Declaró que la demandante para efectos pensionales se encuentra afiliada al RPMPD, administrado por COLPENSIONES.

Para arribar a las anteriores conclusiones, señaló, en síntesis, que conforme con la jurisprudencia vigente, es un deber de las administradoras de fondos de pensiones brindar la información completa suficiente y necesaria sobre las implicaciones que conlleva el traslado de régimen pensional, especialmente respecto de las características, condiciones y diferencias de los regímenes pensionales, así como las consecuencias que lleva ese cambio. Señaló que es procedente declarar la ineficacia sin importar si se tiene o no un derecho consolidado y si se tiene o no el beneficio de la transición, o si se está próximo a pensionar. Sostuvo que en el presente asunto, frente a la forma cómo se dio la vinculación de la parte actora al RAIS en virtud de la inversión de la carga de la prueba le correspondía a la AFP COLFONDOS demostrar que en efecto existió la explicación debida sobre las implicaciones de cambio de régimen, sin embargo no se logró establecer dichos elementos relacionados con el deber de información, siendo los únicos elementos de juicio aportados, el formulario de afiliación, documento que resulta insuficiente, pues se trata de un formulario preimpreso donde se establecen de forma general que de manera libre y voluntaria se selecciona el régimen, pues consideró que no se trataba únicamente de suscribir ese formulario, ni adherirse al mismo, de modo que no suplía el deber del buen consejo. En ese sentido, estimó que era procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP COLFONDOS** apeló la decisión de manera parcial, en lo que tiene que ver con la condena devolución de los gastos de administración de forma indexada, para lo cual, argumentó que su actuar se ha ceñido a lo establecido en la ley, pues el cobro de tales emolumentos está autorizado por la Ley 100 de 1993 y por la Superintendencia Financiera. Manifestó que siguiendo la teoría del A quo, si la ineficacia genera el efecto de que el contrato nunca haya existido, se tiene que los gastos de administración deben ser regresados y los rendimientos financieros no se causaron, de tal forma que si la comisión nunca se descontó, no se generaron rendimientos financieros. Añadió que al ordenar el traslado de los rendimientos

financieros y gastos de administración se originaría un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante, pues recibiría unos rendimientos generados sin pagar por la gestión realizada por el fondo, vulnerando el principio de la igualdad de las partes y privilegiando injustificadamente a la parte actora. Además, aseveró que aquellos gastos de administración no van a beneficiar a la actora, pues no van a aumentar el monto de su cuenta de ahorro, ni se van a tener en cuenta a la hora de liquidar la pensión.

Por su parte, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, argumentando que no se tuvo en cuenta que la entidad es un tercero ajeno al acto de afiliación celebrado entre la demandante y el fondo privado, por lo que tal acto debe afectar solo a las partes, sin que sea dable afectar, ni beneficiar a la entidad. Aseveró que reactivar la afiliación de la demandante y recibir sus aportes, genera un quebranto a la sostenibilidad financiera del sistema establecido en la Constitución Política, aclarando que se debe tener en cuenta el impacto de la condena en la reserva pensional que se ha visto afectada día a día con procesos como el sub lite. Resaltó que el traslado de la demandante, ocasionará un posible derecho pensional a favor de aquella, generando un alto impacto en la reserva presupuestal del fondo, pues estuvo en el RAIS por más de 21 años. Indicó que la entidad debe ceñirse a lo establecido por la Corte Constitucional, por lo que no es dable aceptar el traslado de la demandante por cuanto no es beneficiaria del régimen de transición. Manifestó que en caso de ordenar el retorno de la demandante al RPMPD, es procedente ordenar a la AFP COLFONDOS pagar los perjuicios económicos que se causen a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que la teoría del daño establece que quien genera el perjuicio es quien debe resarcirlo.

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 los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. La parte actora solicitó que se confirme. COLFONDOS guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como

consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

En la página 23 del archivo digital «*60a3da1c-b4ba-4e56-bf45-96c89eb3ebe9.pdf*» obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 09 de febrero de 1959, por lo que

[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".

cumplió 57 años el mismo día y mes de 2016, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 20 mayo de 2020 (pág. 54), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad 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, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 234 semanas de cotización (CD fl. 28, archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1922-20210215100830), 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, 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 19 de julio de 2000 (Pág. 24), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en 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.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen el 17 de julio de 2020, (Pág. 24), 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.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (19 de julio de 2.000), 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 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, 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, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual. De modo que no hay lugar adicionar la decisión, pues COLPENSIONES queda en libertada de iniciar las acciones que considere pertinentes, si considera lesionado sus derechos.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «*en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de*

prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

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, tampoco incide 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, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

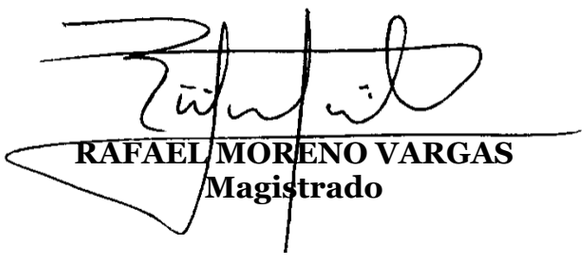
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, con el alcance de los argumentos expuestos en precedencia.

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

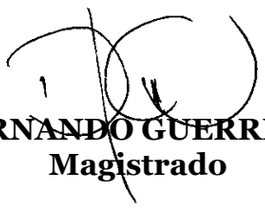
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

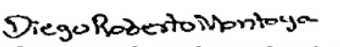
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



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.