



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GUILLERMO ALFREDO TOVAR AÑEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 001 2019 01301 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de febrero de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia, toda vez que en el presente asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siguiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que el acto goce de plena validez.

COLPENSIONES., manifestó que el traslado que realizó el actor se realizó con plena voluntad y en consecuencia no es procedente declarar la nulidad de la afiliación, toda vez que para el caso en particular dicha voluntad se vio ratificada por más de 20 años perteneciendo en el RAIS, esto de conformidad con el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, que establece la libre escogencia entre regímenes pensional.

La parte demandante, manifestó que los demandados no lograron acreditar que el actor hubiese recibido una asesoría clara idónea y oportuna, como lo establece la Corte Suprema de Justicia en sentencia 4462 de 2019, toda vez que las Administradora de Fondo de Pensiones son las que tienen el deber legal de brindar información clara y suficiente a sus afiliados.

I. ANTECEDENTES

El señor Guillermo Alfredo Tovar Añez, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A, el 5 de junio de 2002 y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de a la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administrados.

Sustentó sus pretensiones, en que desde el 1 de marzo de 1979 hasta el 30 de agosto de 2022, estuvo afiliado al fondo de pensiones Instituto del Seguro Social; que para el 30 de agosto de 2002 acumuló un total de 758 semanas cotizadas; que para el mes de junio de 2002, se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo le suministraran la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53 de la Constitución Política, los artículos 1502, 1508, 1513, 1514, 1515, 1602, 1603, del Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados N° 31989 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014 y 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó el actor en el año 2002, fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no se allega al plenario prueba alguna que permita establecer la falta al deber de información en cabeza de la AFP, que hubiese generado un vicio en el consentimiento, al momento de asesorar al demandante para su traslado de régimen pensional. Propuso entre otras las excepciones de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa e ignorancia no sirve de excusa, inexistencia del derecho y de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de febrero de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO:DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensión al del demandante señor GUILLERMO ALFREDO TOVAR AÑEZ, identificado con la C.C.Nº79.147.726, a través del fondo administrado por la sociedad demandada PORVENIRS.A., conforme lo expuesto en precedencia..

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES autorizar el traslado del señor GUILLERMO ALFREDO TOVAR AÑEZ, identificado con la C.C.Nº79.147.726 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento

TERCERO:ORDENAR a PORVENIR SA trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante señor GUILLERMO ALFREDO TOVAR AÑEZ, identificado con la C.C.Nº79.147.726 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la convocante, sin

que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada.

SEXTO: Sin costas para las partes en la presente instancia. QUEDAN LAS PARTES NOTIFICASAS EN ESTRADOS. ”

Como fundamento de su decisión, argumentó que de conformidad a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha manifestado que antes de surtirse el traslado de régimen del RPM al RAIS, la Administradora Privada de Pensiones tenía el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencia reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, entre ellas la pérdida del régimen de transición, en consecuencia señaló que en el presente caso resulta totalmente adverso el traslado al RAIS, por lo que era obligación de la demandada advertir las implicaciones que con grave perjuicio se ocasionaría, por lo que declaró la ineficacia del traslado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación al considerar que no se valoró que el consentimiento informado bajo la libre escogencia que se materializo con la suscripción de la solicitud de afiliación documento público que no fue tachado de falso conforme lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, garantizándole al actor el derecho al retracto; por otro lado precisó que tampoco procede la condena de la devolución de gastos de administración, esto de conformidad con el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina un 3% de la cotización a financiar dichos emolumentos, los cuales no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción.

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación, al considerar que en el presente asunto no se encuentra probado el vicio del consentimiento que diera lugar de declarar la nulidad, toda vez que el actor de manera voluntaria decide hacer el traslado de los aportes del RPM al RAIS, esto de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; resaltó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal, asimismo se debe demostrar la trasgresión de un derecho adquirido. En consecuencia solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional,

cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter

*exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte, hoy Porvenir S.A., el 5 de junio de 2002.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte actora, señaló que en el año 2022 se encontraba trabajando en la Agencia de noticias Efe Sociedad Anónima, la cual le solicitó indicara a cual fondo privado quería pertenecer, en consecuencia un asesor de Porvenir S.A., se acercó a las oficinas de la empresa que le indicó que el Seguro Social se iba acabar y la mejor opción era trasladarse de régimen pensional.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, no suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto

se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

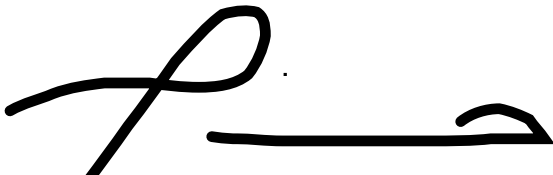
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 3 de febrero de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

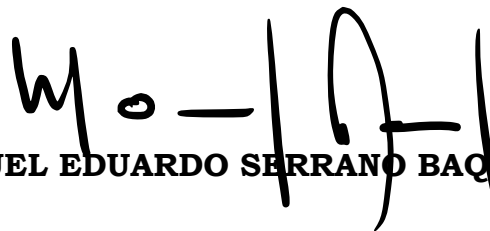
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por BEATRIZ ELENA
BERRIO GALEANO contra UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.**

RADICADO: 11001 3105 002 2020 00013 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de septiembre de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por la apoderada de la parte demandante, quien manifestó que debía revocarse la decisión, en cuanto afirma que la demandante cumple con los requisitos exigidos por la convención colectiva, tiempo de servicios y edad, para el 18 de abril y el 29 de junio de 2009, respectivamente.

Solicitó que se acogieran los últimos precedentes jurisprudenciales, específicamente, la sentencia SL3635-2020, en donde se estableció que el pacto colectivo se mantiene por el plazo pactado, esto es, hasta el año 2017 y la sentencia SL5116-2020, que ha reconocido la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo, artículos 2, 98 y 101, a los extrabajadores del ISS que cumplieron los requisitos contando con tiempo de servicio en el ISS y en otra entidad pública, superando las barreras impuestas por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Finalmente, señaló la viabilidad de la aplicación de los derechos convencionales a los trabajadores del ISS que pasaron a nuevas Empresas Sociales del Estado, pues, adujo que el máximo Tribunal Constitucional a través de las sentencias C-314 y C-349 de 2004, ha dejado sentado que debe continuar aplicando el acuerdo convencional vigente al momento de la escisión del ISS y la creación de las nuevas ESE, sin importar la nueva calidad de Empleados Públicos, por respeto a los derechos adquiridos, dentro de los cuales estarían los derechos convencionales.

I. ANTECEDENTES

Solicita la demandante, de forma principal, el pago de su pensión de jubilación establecida en el artículo 98 de la convención colectiva, a partir del 29 de junio de 2009, teniendo en cuenta el 100% del promedio de lo devengado en los últimos tres años, indexación y costas del proceso y de manera subsidiaria, que en caso de encontrarse probada la incompatibilidad entre la pensión convencional y la pensión de vejez, se reconozca de manera favorable y preferente la pensión convencional por resultar su cuantía más favorable.

Sustentó sus pretensiones en que prestó sus servicios en calidad de trabajadora oficial a favor del ISS, desde el 17 de abril de 1989 hasta el 8 de diciembre de 2008, y para la ESE Rita Arango Álvarez desde el 9 de diciembre de 2008 hasta el 2 de octubre de 2009, esto es, por un espacio de más de 20 años, y que acreditó los 50 años de edad, el 29 de junio de 2009, señaló que mediante Resolución No. GNR 289232 del 28 de septiembre de 2016, Colpensiones reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez teniendo un total de 1.543 semanas con el IBL de los últimos 10 años por valor de \$3.627.826.

Indicó que solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación establecida en el artículo 98 de la convención colectiva, pero que la entidad se pronunció frente a su requerimiento a través de Resolución No. 2501 del 5 de octubre de 2010 negando el derecho pretendido, por lo que posteriormente, reitera su solicitud, siendo nuevamente

negada mediante Resolución No. RDP 50764 del 30 de noviembre de 2015. Por último, señaló que presentó derecho de petición el 23 de agosto de 2018, solicitando el reconocimiento de la pensión convencional, siendo contestado mediante Oficio No. ADP 00925 del 10 de diciembre de 2018, indicándose que la entidad ya se había pronunciado de fondo.

Como fundamento normativo citó los artículos 2, 4, 5, 6, 13, 23, 29, 25, 28, 42, 48, 53, 54, 90, 122, 123, 124 numeral 4, 125, 209, 229, 2269 (sic), 300 numeral 30 y 305 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 1 del Decreto 2150 de 1195. Así mismo, trajo a colación los convenios de la OIT 002 – 044 – 062 – 102 – 109 – 154, y la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP dio contestación a la demanda, como se observa a folios 367 a 594, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumentó que a la demandante ya se le reconoció pensión de vejez mediante Resolución GNR 289232 del 28 de septiembre de 2016 por parte de Colpensiones y en esta se tuvo en cuenta los servicios prestados al extinto I.S.S., que tampoco cuenta con los 20 años de servicios exigidos en el acuerdo convencional y que las disposiciones convencionales respecto de la pensión de jubilación, no se encontraban vigentes para la fecha del cumplimiento de la edad, por virtud del Acto Legislativo 01 de 2005. Propuso como excepción previa la denominada: Prescripción,

inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios o indexación, falta de título y de causa, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de septiembre de 2021, el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER A LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL-UGPP de las pretensiones planteadas en el escrito de demanda, conforme se enuncio en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante a favor de la UGPP. Fíjese la suma de \$300.000 como agencias en derecho a cargo del actor.

TERCERO: remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del actor.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que el artículo 98 de la Convención Colectiva, determinó a favor del trabajador oficial una pensión de jubilación siempre que acreditaran 20 años de servicio continuos o discontinuos al instituto y 55 años de edad en el caso de los hombres o 50 años para el caso de las mujeres y que al revisar las pruebas aportadas, observó que la demandante laboró como enfermera para el Instituto de los seguros sociales desde el 17 de abril de 1989 al 8 de diciembre de 2008, por lo que reunió un total de 19 años 7 meses y 21 días de tiempo de servicios, y que acreditó la edad de 50 años el 28 de junio de 2009 al haber nacido el mismo día y mes del año 1959, por lo que concluyó que la actora no acreditó los requisitos de edad y tiempo de

servicios exigidos por la convención colectiva para la causación del derecho pensional antes de que terminara su relación laboral con el Instituto de los seguros sociales, por lo que era dable determinar que no le asiste el reconocimiento del beneficio pensional solicitado.

Precisó que no es posible computar el tiempo trabajado por la actora en la ESE Rita Arango Álvarez desde el 9 de diciembre del 2008 hasta el 2 de octubre de 2009 donde desempeñó el cargo de profesional universitario, ya que la convención colectiva del Instituto de los seguros sociales no aplica para los empleados públicos de esta entidad y si bien en el decreto 1750 de 2003, por el cual se escinde el Instituto de los seguros sociales y se crean unas empresas sociales del Estado, estableció la continuidad de la relación como empleados públicos y quienes conservarían la calidad de trabajadores oficiales, para la demandante no se conservó la calidad, ya que no se trató de una misma relación laboral, puesto que el cargo que ostentaba en una y otra entidad fueron totalmente diversos.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante, solicitó la revocatoria de la sentencia, mencionando que el máximo Tribunal Constitucional a través de las sentencias C-314 y C-349 de 2004, ha dejado sentado que debe continuarse el acuerdo convencional vigente al momento de la escisión de los seguros sociales y la creación de las nuevas empresas sociales del Estado sin importar la nueva calidad de empleados públicos que adquirieron la mayoría de trabajadores que

pasaron automáticamente y sin solución, por respeto a los derechos adquiridos. Así mismo, indicó que en varias sentencias de unificación se ha explicado el alcance que tienen de pensionarse con la convención colectiva dichos ex trabajadores.

Finamente, señaló que el mismo artículo 101 de la Convención Colectiva, expreso que los servicios podían ser prestados sucesiva o alternativamente a las demás entidades de derecho público, por lo que puede acumularse los servicios prestado por la actora para el ISS y para la ESE a efectos de cumplir con el tiempo requerido para el derecho pensional pretendido.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación convencional a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.

En primer lugar, resulta pertinente señalar que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que la actora laboró como enfermera para el ISS desde el 17 de abril de 1989 hasta el 8 de diciembre de 2008, para un total de tiempo de servicios de 19 años, 7 meses y 21 días, ii) que la actora laboró para como profesional universitaria para la ESE Rita

Arango Álvarez del Pino desde el 9 de diciembre de 2008 al 2 de octubre de 2009, para un total de tiempo de servicios de 9 meses y 23 días; y ii) que la señora Beatriz Elena Berrio Galeano nació el 29 de junio de 1959 por lo que cumplió los 50 años de edad en la misma fecha del año 2009.

Para el caso, la Sala previamente deberá determinar si la Convención Colectiva De Trabajo invocada por la actora como sustento de sus pretensiones, se encuentra produciendo efectos respecto de las prerrogativas pensionales allí consagradas, con posterioridad al 31 de julio de 2010.

Para resolver el problema jurídico planteado se tendrá en cuenta como marco normativo el contenido en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social-SINTRASEGURIDADSOCIAL, vigente entre el 1° de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004, que determinó a favor del trabajador oficial una pensión de jubilación, siempre que acreditaran 20 años de servicios continuos o discontinuos y 55 años en el caso de los hombres o 50 años para las mujeres (folio 46).

Por otra parte, el Acto Legislativo 01 de 2005, estableció una regla general en materia pensional, consistente en que no es posible acordar en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales, regímenes pensionales diferentes a los establecidos en las leyes que regulan el sistema general de pensiones, aun cuando sean más favorables a los trabajadores.

Esta norma constitucional determinó tres situaciones, la primera consistente en que las condiciones pensionales que regían a la fecha de vigencia de dicha modificación, contenidas en convenciones colectivas o acuerdos celebrados válidamente, mantenían su vigor por el término inicialmente estipulado, perdiendo todo efecto una vez expirado dicho término.

En tanto las restantes, hacen referencia a que si al momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo, la Convención Colectiva de Trabajo se encontrara surtiendo efectos en virtud de su prórroga automática o por la denuncia de la misma y la iniciación posterior del conflicto colectivo de trabajo que no ha tenido solución, las disposiciones convencionales en materia de pensiones continúan su observancia hasta el 31 de julio de 2010, no pudiendo las partes o los árbitros, entre la vigencia del Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, pactar o disponer condiciones más favorables a las que estaban en vigor a la fecha en que entró a regir la norma constitucional en referencia, así lo definió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con radicación N°31000 de fecha 31 de enero de 2007.

En lo que refiere a la primera de las situaciones planteadas, que es la que nos atañe, inicialmente la Corte Suprema de Justicia, en decisión SL12498/2017 y en otras que lo reiteraron, sostuvo que las reglas pensionales de carácter convencional que se hubieren suscrito por primera vez antes de la expedición del acto legislativo, regirían hasta el término pactado, aunque fuere posterior al 31 de julio de

2010; posteriormente, esta posición jurisprudencial varió y otorgo un alcance distinto al parágrafo 3 del Acto Legislativo 01 de 2005, y mediante sentencias SL 2543/2020, SL 2798/2020 y SL 2986/2020, señaló que el termino pactado no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, incluyendo la prórroga automática, que hubiese iniciando luego del 29 de julio de 2005. Finalmente, en sentencia SL 3635/2020, que rectifica parcialmente el criterio mencionado, para que: *“... En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.”*

El carácter vinculante del Acto Legislativo 01 de 2005 obliga a su acatamiento, pues al entrar en vigencia, dejó claro para quienes ejerzan la negociación colectiva que existe un mandato de rango constitucional, que no permite la inclusión de reglas de carácter pensional diferentes a las contenidas en las leyes generales de pensiones; al respecto, la Corte Constitucional en sentencia SU 555 de 2014, destaca:

*“Ahora bien, no podría pensarse que configura ni siquiera una mera expectativa ni mucho menos un derecho adquirido, **aquella situación que surja después de la fecha límite señalada en el Acto Legislativo**, pues en ese caso no existen expectativas de pensión especial cuando a su entrada en vigencia, el mandato constitucional es claro en que después del 31 de julio de 2010 no existirán reglas diferentes a las de las leyes del Sistema General de Pensiones. Lo anterior, sin perjuicio de lo consagrado para el régimen de transición de las pensiones legales, en el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo.”*

De conformidad con lo preceptuado, se puede concluir que sólo serán aplicables los derechos convencionales pensionales

sólo a aquellas personas que antes del 31 de julio de 2010; hubieren completado la totalidad de los requisitos exigidos por el art. 98 de la convención colectiva de trabajo, esto es la edad y el tiempo de servicio.

Ahora, sin encontrarse en discusión que la demandante cumplió con los 50 años de edad, el 29 de junio de 2009, esto es, antes del 31 de julio de 2010, es claro, que la actora cumple con el primer requisito al acreditar la edad exigida en la convención colectiva. Respecto al segundo requisito de tiempo de servicio a favor de la demandada, la demandante aportó certificado de información laboral en el que consta que prestó sus servicios como trabajadora oficial (enfermera) para el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES desde el *17 de abril de 1989 al 8 de diciembre de 2008, acreditando 19 años, 7 meses y 21 días* (fol. 24 y 26).

Por otro lado, si bien la demandante prestó sus servicios para la ESE RITA ARANGO ÁLVAREZ DEL PINO desde el *9 de diciembre de 2008 al 2 de octubre de 2009*, es decir, *9 meses y 23 días*, y debido a la escisión del ISS, la naturaleza jurídica que tenía la demandante con el empleador varió a partir del 9 de diciembre de 2008, pues dejó de ostentar la calidad de trabajadora oficial y paso a ser empleada pública al estar vinculada a una Empresa Social del Estado, en este caso la ESE RITA ARANGO ÁLVAREZ DEL PINO, por lo que en principio se lograría concluir que no cumple con más de los 20 años de servicio al ISS (fol. 25 y 27).

Ahora bien, señala la recurrente que de conformidad con el artículo 101 de la Convención Colectiva de Trabajo, es posible acumular tiempos de servicio a otras entidades de servicio público, para que se reconozca y pague la pensión deprecada.

Al respecto, el artículo 101 de la CCT establece:

“Los servicios prestados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público podrá acumularse para el cómputo del tiempo requerido para poder tener derecho a pensión de jubilación y el monto correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo laborado en cada una de tales entidades.

En este caso, la cuantía de la pensión será del 75% del promedio de lo recibido en el último año de servicios por concepto de todos los factores de remuneración que constituyen salario.”

En ese orden, debe tenerse en cuenta que el artículo 101 de la CCT remite al artículo 98 del misma para el reconocimiento de la prestación, el cual exige 20 de años de servicio continuos o discontinuos en el caso del ISS y servicios sucesivos o alternativos a las demás entidades de derecho público, pero en todo caso, ostentando la calidad de trabajadora oficial.

Es pertinente recordar lo establecido en la sentencia SL-4823/2018 con radicación No 60189, en donde nuestro máximo órgano de cierre, en una situación similar adoctrinó:

*“Sobre este tópico, en decisión CSJ SL644-2013, reiterada en la CSJ SL17405-2014, esta Sala explicó que, conforme al precepto en precedencia, para acceder al derecho a la pensión convencional, no solo es indispensable que el requisito de tiempo de servicios como la edad se verifiquen cuando el funcionario hubiere tenido **la calidad de trabajador oficial**, sino también que se hubieren satisfecho en vigencia de la convención colectiva de trabajo.*

En dicha providencia, la Corte memoró lo asentado en fallo CSJ, 23 jul. 2009, rad. 35399, reiterada en la CSJ SL17405-2014 y CSJ SL21069-2017, en la que además se aludió al artículo 18 del D 1750 de 2003 y a las sentencias de constitucionalidad CC C-314 y CC C-349-2004, así:

[...] Con todo, observa la Corte que el **artículo 98 de la convención colectiva de trabajo** (folio 146 cuaderno 3), dispone: **<El Trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación (...)** Las primas, viáticos, viáticos sindicales y subvenciones que reciba el trabajador, constituyen factor de salario en la proporción que señala la ley>.

Del estudio de la norma convencional fluye con meridiana claridad, como uno de los viables entendimientos, **que tanto el tiempo de servicio y la edad del laborante son presupuestos indispensables para acceder al derecho pensional, puesto que los dos supuestos deben cumplirse en calidad de “trabajador oficial”** y en este caso concreto, la edad de 50 años la adquirió la actora el **18 de agosto de 2003**, cuando el contrato de trabajo ya había terminado (junio 23 de 2003) y por ende ya no ostentaba tal calidad.

[...]

A más de lo anterior, encuentra la Corte que los mismos contratantes limitaron su campo de aplicación del acuerdo colectivo a **<los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales>** (artículo 3o); de lo que aflora de manera palmaria, que habiendo la demandante cumplido la edad requerida por la norma convencional después de fenecida la relación laboral, no durante la vigencia del contrato de trabajo, y al no extenderse el acuerdo convencional a terceras personas diferentes a las ya mencionadas en su artículo 3o, por no ostentar, entonces, la calidad de trabajadora del ente demandado para la fecha en que cumplió 50 años de edad, no es acreedora del beneficio de la pensión de jubilación establecido en el susodicho convenio colectivo.

Así las cosas, el Tribunal no desconoció ningún **<derecho adquirido>**, pues como se vio, para la fecha de la desvinculación de la actora con el Instituto de Seguros Sociales, que coincidió con la fecha a partir de la cual se produjo la escisión, **la trabajadora tan sólo tenía una mera expectativa**, frente a la pensión hoy deprecada” (negrilla del texto original).

A la luz del criterio jurisprudencial antes expuesto, resulta claro que la CCT vigente para el periodo 2001- 2004, no le era aplicable al demandante, pues, conforme quedó acreditado en el proceso, cumplió 55 años de edad, el 6 de marzo de 2009, cuando no se encontraba vinculado a la demandada.

Se insiste, dado que el actor sólo tenía una mera expectativa pensional, al no consolidar los requisitos en vigencia de la vinculación como trabajador oficial, no tiene derecho a la aplicación de la convención colectiva, ya que el 24 de septiembre de 2006, se desvinculó del ISS y no era posible reconocerle las pretensiones que reclama, como si hubiera cumplido los requisitos exigidos por el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo, conforme lo coligió el Tribunal, no advirtiéndose que haya incurrido en los yerros fácticos enrostrados y la acusación resulta infundada.”

Entonces, para verificar que la demandante haya laborado 20 años de servicio para entidades públicas en calidad de trabajadora oficial, lo primero que ha de advertir esta Sala es que a folio 27 del expediente obra certificación de tiempos de servicios emitida por la Dirección Jurídica del Ministerio de

Salud y Protección Social en la cual se confirma que la accionante estuvo vinculada con la ESE Rita Arango Álvarez del Pino como Profesional Universitario y con carácter de Empleada Pública.

Teniendo en cuenta lo anterior, es dable concluir que solo podrá tenerse en cuenta el tiempo que la demandante fungió como trabajadora oficial del ISS, esto es, desde el *17 de abril de 1989 al 8 de diciembre de 2008*, advirtiéndose que serán beneficiarios de la pensión de jubilación aquellas personas que acrediten 20 o más años de servicios como trabajador oficial del ISS, sin que por tanto acredite los años de servicio como trabajadora oficial exigido por el texto convencional.

Por las anteriores razones se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de septiembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

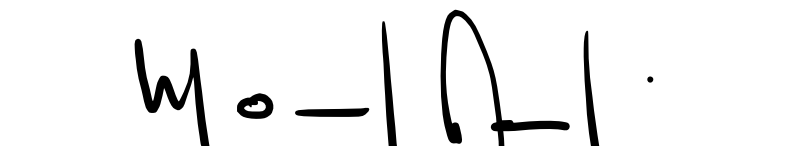
SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la parte demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la

liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo
366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por MARY DEL
ROSARIO PAEZ PAREDES contra UNIDAD
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN
SOCIAL - UGPP.**

RADICADO: 11001 3105 005 2019 00322 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el

Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de noviembre de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de la parte demandante y demandada, manifestó el apoderado de la parte demandante que debía revocarse la decisión, en cuanto afirma que la demandante cumple con los requisitos establecidos en el inciso 3 del artículo 74 del decreto 1848 de 1969, ya que laboró en el antiguo Ministerio de Obras Publicas y luego en INVIAS durante un total de 17 años, por el periodo comprendido desde el 4 de julio de 1977 al 31 de diciembre de 1993 al Ministerio de Transporte y desde el 1 de enero de 1994 al 30 de junio del mismo año, respectivamente, completo los 60 años de edad para el 11 de diciembre del año 2019 y fue retirada del servicio del servicio el día 30 de junio de 1994 mediante resolución 4324 del 9 de junio de 1994 en la cual se suprimió el cargo que la trabajadora ocupaba.

Así mismo, peticiona se de aplicación al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por condición más beneficiosa, citando para ello la sentencia SU427/2016.

Por su parte, la UGPP, solicitó se confirme la decisión proferida por el *a quo*, atendiendo a que la demandante debió haber acreditado el cumplimiento de los requisitos antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, antes del 01 de abril de 1994, y se evidencia que, aunque la actora haya acreditado más de 10 años en servicio, se separó del

cargo como aseadora en INVIAS el día 30 de junio de 1994, estando en vigencia el sistema general de pensiones; precisó que el cargo desempeñado fue el de aseadora por lo que no tenía el carácter de trabajadora oficial, ya que la labor no estaba destinada ni a la construcción o al sostenimiento de obras públicas; por último, indicó que para adquirir el derecho a la pensión sanción la demandante también debía acreditar el cumplimiento de los 35 años de edad al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, y la actora nació el 11 de diciembre de 1959, por lo que sólo tenía 34 años de edad al 01 de abril de 1994.

I. ANTECEDENTES

Solicita la demandante, el pago de su pensión proporcional de jubilación establecida en el inciso 3 del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, a partir del 11 de diciembre de 2019, indexación, intereses moratorios y costas del proceso.

Sustentó sus pretensiones en que laboró para el antiguo Ministerio de Obras Públicas y Transporte desde el 4 de julio de 1977 hasta el 31 de diciembre de 1993 y en el Distrito de Carreteras No. 2 de Ocaña desde el 1 de enero de 1994 al 30 de junio de 1994, fecha esta última en que fue desvinculada mediante Resolución No. 4324 del 9 de junio de 1994, para un total de 17 años de servicio; que nació el 11 de diciembre de 1959, contando a la fecha de su retiro con 35 años de edad; que el último salario devengado fue por la suma de \$458.592; y finalmente, que sus aportes pensionales fueron realizados ante el antiguo CAJANAL.

Como fundamento normativo citó el artículo 4 del Decreto 1848 de 1969 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP, dio contestación a la demanda, como se observa a folios 58 a 63, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumentó que la demandante no acredita un tiempo de servicios de 20 años continuos o discontinuos al Estado, ya que tan solo acredito un tiempo de servicio de 6.117 días correspondiente a 873 semanas y que al encontrarse cobijada por el régimen de transición su prestación debía ser estudiada a la luz de la Ley 33 de 1985, pero sin que de igual forma acredite los requisitos allí exigidos para obtener la misma. Propuso como excepción previa la denominada: inexistencia de la obligación y prescripción.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de noviembre de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** de todas y cada una de las pretensiones invocadas por la señora **MARY DEL ROSARIO PÁEZ PAREDES**.

TERCERO: COSTAS a cargo de la **DEMANDANTE**. Inclúyase como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO: En caso que este fallo no fuera apelado, **CONSÚLTESE** con el superior.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que para la demandante como trabajadora del sector público nacional, el sistema de pensiones entró en vigencia el 1 de abril de 1994 y por ende al haberse desvinculado el 30 de junio del 1994, ya se debía aplicar la ley 100 de 1993 y no la pensión sanción consagrada en el Decreto 1848 de 1969 y Ley 171 de 1961.

Advirtió que si bien la demandante laboró con el Ministerio de Obras Públicas y luego con INVIAS, no quiere ello decir, que se trate de dos vinculaciones distintas, sino por el contrario se trata de un solo vínculo. De igual forma, indicó que la actora venía efectivamente afiliada a una Caja de Previsión Social como lo fue Cajanal, por lo que no podía entenderse entonces que no se encontrará afiliado al sistema general, si no que, si lo estaba en el régimen de prima media con prestación definida y por tanto no se dan los supuestos del artículo 133 de la ley 1993.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante, solicitó la revocatoria de la sentencia, en su argumento sostuvo, que lo que se busca con el asunto es el reconocimiento de la pensión proporcional distinta a la figura de la pensión sanción, puesto que se está reclamando la misma ante la UGPP y no ante el empleador de la actora y consideró que si bien el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 ya estaba vigente en el momento del retiro de la demandante, este no modifica la prestación pensional del inciso tercero del artículo 74 del 1848.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente el reconocimiento y pago de la prestación que reclama a la luz de la Ley 171 de 1961 y el Decreto 1848 de 1969 a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP.

En primera medida, a efectos de determinar la existencia de la relación laboral, la misma no fue objeto de controversia que el demandante prestó sus servicios personales para el Ministerio de Obras Públicas y Transporte desde el 4 de julio de 1977 hasta el 31 de diciembre de 1993 y para INVIAS desde el 1 de enero de 1994 al 30 de junio de 1994, ocupando el cargo de ASEADORA, pues tales afirmaciones tienen sustento en las documentales que reposan a folio 19 a 29 del plenario, referentes a la Formatos de Certificación Laboral Tipo 1, 2 y 3B, así como de lo plasmado en la Resolución No. RDP 042698 del 29 de octubre de 2018 (fl. 12 a 14).

De igual forma es claro, que la desvinculación de la demandante, se dio por la supresión del cargo mediante Resolución No. 4324 del 9 de junio de 1994, conforme así lo certifica el documento denominado “HACE CONSTAR”, obrante dentro de la carpeta No. 002 del expediente digital, la cual según tiene claramente definido la jurisprudencia no

constituye una justa causa de terminación del contrato de trabajo.

Ahora bien, es del caso recordar que el Art. 8 de la Ley 171 de 1961, prevé que el trabajador que sin justa causa fuera despedido, después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de 10 años y menos de 15 años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos 60 años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de 15 años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los 50 años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión, *pero* solo cuando cumpla 60 años de edad.

No sobra señalar que tal disposición mantuvo su vigencia en el sector público del Orden Nacional hasta el 31 de marzo de 1994 toda vez que a partir del 1° de abril de 1994 empezó a regir el SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL en PENSIONES, y a partir de junio de 1995 para el sector oficial departamental y municipal.

Así, el parágrafo 1° del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 señaló que *“Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.”*

Teniendo en cuenta las anteriores premisas normativas, la Sala considera pertinente advertir entonces que el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 y el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, quedaron derogados al entrar a regir el Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1993, y particularmente su artículo 133, cuyo parágrafo 1° no permite abrigar duda en cuanto a que dicha norma que regula la pensión sanción, cobija a los trabajadores del sector privado y expresamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales, de suerte que al terminar la relación laboral existente entre INVIAS y la actora el **30 de junio del año de 1994**, la prestación solicitada debe dilucidarse a la luz de la ley vigente, esto es la Ley 100 de 1993 y no de conformidad con las normas propuestas por el recurrente, las cuales no son aplicables a su situación, como quiera que el hecho del despido no se configuró en vigencia de la Ley 171 de 1961 y el Decreto 1848 de 1969, no habiendo por lo tanto ningún derecho constituido en cabeza del actor.

Tampoco puede darse aplicación a las normas propuestas, en virtud del principio de favorabilidad, en la medida que las mismas se derogan por la entrada en vigencia de la nueva ley, de conformidad con las disposiciones de interpretación

normativa establecidas en la Ley 153 de 1987, no existiendo así dos normas que regulen la misma materia en sentido diferente. Por lo tanto, en nada erró el Juzgado al considerar que no es procedente conceder el derecho que se reclama en aplicación de la Ley 171 de 1961 y el Decreto 1848 de 1969.

Establecido lo anterior, pasa la Sala a determinar si el actor tiene derecho a la prestación reclamada a la luz del artículo 133 de la Ley 100 de 1993. Al respecto, debe decirse que tal y como lo ha aceptado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia 41231 de fecha 21 de junio de 2011, el mencionado artículo no exige que la afiliación del trabajador al sistema de pensiones deba darse durante toda la relación laboral, porque lo que previene el artículo 133 de la Ley 100 es que la falta de afiliación tenga ocurrencia por omisión del empleador, y ello sucede, cuando nace para éste la obligación de afiliar a sus servidores, y en el caso del trabajador oficial, como era la calidad que ostentaba la actora, esa obligación surgió a partir de 1994.

En el presente caso, se advierte que el accionante allegó las documentales vistas a folios 19 a 25, las cuales son consideradas. De ellas se evidencia que el Ministerio de Obras Públicas y el Instituto Nacional de Vías INVIAS cotizo a su favor con destino a la entonces CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL “CAJANAL” para cubrir los riesgos de IVM desde el mes de julio de 1977 hasta el mes de junio de 1994, cuya afiliación no se advierte tardía o extemporánea.

Así las cosas, la Sala no encuentra que en el caso examinado se encuentre acreditado el requisito exigido por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, relacionado con la omisión del empleador en la afiliación del trabajador despedido sin justa causa, para efectos de acceder a la pensión sanción.

Conforme lo anterior, teniendo en cuenta que la fecha de la terminación de la vinculación laboral del demandante data del 30 de junio de 1994, esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993, es dable indicar que no les asiste el derecho a la aquí demandante al reconocimiento de la pensión sanción en la medida que dicha terminación se dio en vigencia del mencionado estatuto.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante al pretender la aplicación de la Ley 171 de 1961, toda vez que la pensión reclamada, se itera, dejó de regir para los trabajadores oficiales con el artículo 133 de la Ley 100/1993.

Por las anteriores razones se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

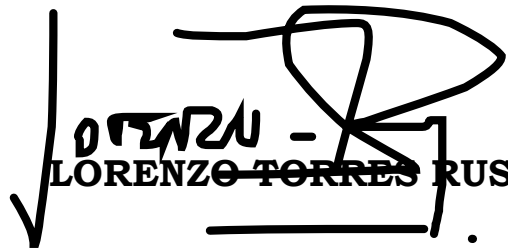
RESUELVE:

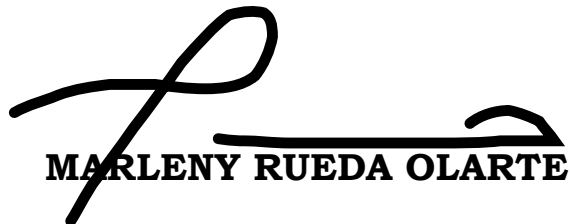
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de noviembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la

liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por ANA JUDITH
MORALES DE MARTÍNEZ contra ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 005 2019 00470 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de

junio de 2021, mediante la cual absolvió de las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

Solicitó la demandante *“la Reliquidación de la pensión de vejez a partir del 15 de septiembre de 2011, teniendo en cuenta la Indexación de los aportes efectuados durante los últimos 10 años”*; reclamó el pago de *“los intereses moratorios señalados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.”*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que Colpensiones mediante Resolución No. 102284 del 13 de febrero de 2012 le reconoció una pensión de vejez, bajo las disposiciones del Decreto 758 de 1990, a partir del 15 de septiembre de 2011 en cuantía inicial de \$857.877, al aplicar una tasa de remplazo del 90% de su IBL; que el 12 de septiembre de 2017, radico derecho de petición ante la entidad de seguridad social, solicitando la reliquidación de la pensión de vejez reconocida, teniendo en cuenta la indexación de los aportes efectuados durante los últimos 10 años, solicitud reiterada el 23 de noviembre del mismo año, y a la cual la entidad mediante Resolución No. SUB 288727 del 13 de diciembre de 2017, dio respuesta negando la reliquidación de la pensión de vejez, decisión confirmada mediante Resolución No. SUB 293229 del 20 de diciembre de 2017 y DIR 23853 del 27 de diciembre de 2017.

Señaló que posteriormente, para el 10 de agosto de 2018 y el 6 de diciembre de 2018, presento nuevos derechos de

petición solicitando la reliquidación citada, los que fueron resueltos mediante Resolución No. SUB 224980 del 23 de agosto de 2018 y SUB 67264 del 19 de marzo de 2019, respectivamente, resolviendo de igual forma negar la reliquidación pensional pretendida.

Como fundamento normativo citó el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, trajo a colación las sentencias SU-120 de 2003, C-862 de 2006, SU-1073 de 2012 y SU-415 de 2015.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que el reconocimiento pensional se efectuó de acuerdo con las normas que regulan el derecho pensional de la demandante, esto es, el artículo 20 y 21 de la Ley 100 de 1993, sin que haya lugar a la reliquidación pretendida. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de junio de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARA probada la excepción de inexistencia de la obligación.

SEGUNDO: ABSOLVER a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones invocadas por la señora **ANA JUDITH MORALES MARTINEZ**.

TERCERO: Sin COSTAS.

CUATRO: *En caso que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE en su totalidad con el superior.*

EL PRESENTE FALLO QUEDA LEGALMENTE NOTIFICADO EN ESTRADOS A LAS PARTES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó el juzgado que, la parte demandante no hizo ningún ejercicio aritmético para sustentar por qué razón el valor que pretende en su mesada pensional es superior del realizado por Colpensiones, ni en la demanda, ni en los derechos de petición presentados ante la entidad previamente, y tan solo se limita a indicar que el IBL debe corresponder a la suma de \$1.267.071.

En tal medida, procedió a liquidar la prestación teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas y visibles en la Historia Laboral y encontró que al realizar la liquidación correspondiente, el IBL de toda la vida laboral arrojó la suma \$634.970 y el IBL de los últimos 10 años la suma de \$931.084, siendo el más favorable el de los últimos 10 años y que al aplicar la T.R. del 90%, logro determinar que realmente le correspondía a la señora Ana Judith Morales de Martínez una primera mesada de \$837.975 pero observa que Colpensiones le reconoció una suma superior por valor de \$857.877.

Precisó, que, no es posible verificar si lo que en realidad pretendía la actora era que se tomaran valores salariales distintos a los cotizados, atendiendo a que aportó historias laborales de su empleador, ESE Hospital Fructuoso Reyes - Liquidado, pues es claro, que ello no quedó así solicitado, y sin que esto afecte la decisión tomada por el Despacho, como quiera que de haber sido este el caso, debía haberse

convocado al empleador a efectos de que ejerciera su defensa y se lograra determinar si existían o no valores adicionales que constituyeran factor salarial y por ende ser tenidos en cuenta en las cotizaciones efectuadas y ahí si fueran objeto de reliquidación en la mesada pensional. Por último, recordó lo establecido por la CSJ en sentencia SL31302-2020, en cuanto no procedían los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 en temas de reliquidaciones pensionales.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante, solicitó la revocatoria de la sentencia, mencionando que su representada tiene derecho a que se re-liquide la pensión de vejez teniendo en cuenta para ello la indexación de los aportes efectuados durante los últimos 10 años en aplicación del artículo 21 en la ley 100 del 93, ya que la demandada omitió la aplicación del precedente jurisprudencial de indexar la mesada, vulnerando así los derechos de poder adquisitivo de la demandante.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente la reliquidación pensional pretendida y las demás solicitudes derivadas de ello.

En primer lugar, resulta pertinente señalar que no existe controversia en que Colpensiones mediante Resolución No. 102284 del 13 de febrero de 2013, le reconoció pensión de vejez a la señora Ana Judith Morales de Martínez, a partir del 15° de septiembre de 2011, en cuantía inicial de \$857.877, en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año; tampoco es objeto de controversia que la tasa de remplazo aplicable corresponde al 90%.

Precisado lo anterior y teniendo en cuenta que el reparo gravita en torno a la determinación del IBL, pues indicó la parte actora en el derecho de petición radicado ante la entidad de data 10 de agosto de 2018, que el IBL sobre el cual debe liquidarse su mesada corresponde a la suma de \$1.372.726, de donde al aplicar la tasa de reemplazo del 90%, arroja una primera mesada pensional por valor de **\$1.235.453** (Pág. 36 a 38 del documento No. 001).

Pasa entonces la Sala a revisar si procede la reliquidación de la pensión de la actora, teniendo en cuenta que sobre el asunto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha establecido que, para las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición, el IBL se obtiene de acuerdo con lo definido en la Ley 100 de 1993, esto es, según el inciso 3° del artículo 36, si al afiliado le hacían falta menos de 10 años para adquirir el derecho o como lo indica el artículo 21 de la misma ley, si le faltan más de 10

años. (Sentencia SL 2689-2017, radicado 52320 1° de marzo de 2017).

Es sabido que de acuerdo con el referido artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se respeta el régimen anterior a quien es beneficiario de la transición, en cuanto a los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, normatividad a la que quedó evidenciado dio cumplimiento la entidad demandada, como se determina a partir de los documentos antes reseñados con los que se acredita que al verificarse la liquidación de la pensión de la actora, se tuvieron en cuenta todos los montos acreditados como IBC durante toda su vida laboral y los de los últimos 10 años, los cuales fueron actualizados para determinar en debida forma el IBL y una vez obtenido el mismo, se estableció que le era más beneficioso el de los últimos 10 años, sin que por la densidad de mayores cotizaciones se pueda variar el monto de la prestación toda vez que su tope legalmente establecido es el del 90% sobre 1250 o más, el cual aplicó la demandada, para obtener una primera mesada pensional en la suma ya referida.

Descendiendo al caso en estudio, encontramos que el Juzgado de conocimiento, efectúa la liquidación de la pensión de la demandante tomando en cuenta los aportes correspondientes a los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad debidamente actualizados para obtener un IBL de \$931.084,80 que al aplicarle la tasa de remplazo del 90% arrojó una primera mesada pensional en la suma de

\$837.975,67, que resultó inferior al monto reconocido por la entidad demandada (Pág. 151 a 155 del documento No. 001).

A partir de los documentos antes reseñados se acredita que al verificarse la reliquidación de la pensión de la demandante, se tuvieron en cuenta todos los montos acreditados como IBC durante toda su vida laboral y los de los últimos 10 años, los cuales fueron actualizados para determinar en debida forma el IBL y una vez obtenido el mismo, se estableció que le era más beneficioso el de los últimos 10 años, sin que por la densidad de mayores cotizaciones se pueda variar el monto de la prestación toda vez que su tope legalmente establecido es del 90% sobre 1250 o más, el cual aplicó la demandada.

Sumando a lo anterior, se destaca que esta Sala remitió las diligencias al Grupo Liquidador designado por el Consejo Superior de la Judicatura, a efectos de que realizare nuevamente la reliquidación de la pensión de la actora teniendo en cuenta los aportes realizados y debidamente registrados en Historia Laboral de la actora, obrante en la pág. 110 a 115 del documento No. 001, encontrando que una vez realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, los resultados arrojados en comparación con la liquidación efectuada por el a quo, resultan casi coincidentes, por lo que es claro, que la liquidación efectuada se ajusta conforme a derecho corresponde y por lo tanto no hay lugar a que se efectuó la pretendida reliquidación de la mesada pensional.

AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1995	73	18,250	73,45	4,025	\$ 256.000,00	\$ 1.030.312,33	\$ 2.507.093,33
1996	360	21,800	73,45	3,369	\$ 214.984,42	\$ 724.339,70	\$ 8.692.076,37
1997	360	26,520	73,45	2,770	\$ 303.250,00	\$ 839.883,58	\$ 10.078.602,94
1998	360	31,210	73,45	2,353	\$ 397.416,67	\$ 935.285,30	\$ 11.223.423,58
1999	360	36,420	73,45	2,017	\$ 474.416,67	\$ 956.779,36	\$ 11.481.352,28
2000	360	39,790	73,45	1,846	\$ 478.166,67	\$ 882.667,55	\$ 10.592.010,56
2001	357	43,270	73,45	1,697	\$ 597.100,84	\$ 1.013.567,29	\$ 12.061.450,77
2002	353	46,580	73,45	1,577	\$ 623.328,61	\$ 982.900,10	\$ 11.565.457,81
2003	358	49,830	73,45	1,474	\$ 667.768,16	\$ 984.298,04	\$ 11.745.956,55
2004	359	53,070	73,45	1,384	\$ 721.242,34	\$ 998.214,62	\$ 11.945.301,61
2005	300	55,990	73,45	1,312	\$ 719.000,00	\$ 943.213,97	\$ 9.432.139,67
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2011	\$ 111.324.865,48
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 927.707,21
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					90%
		Primera mesada					\$ 834.936,49
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2011					\$ 535.600,00

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que de lo señalado en la demanda, se desprende que se solicitó la reliquidación de la pensión, por cuanto para la determinación del IBL no se indexaron los valores de las cotizaciones efectuadas y sin embargo, el juzgador de primera instancia advirtió adicionalmente, que en caso de que lo pretendido por la actora hubiere sido que se tuviesen en cuenta factores salariales adicionales atendiendo la documental aportada, no lo es menos, que efectivamente en ninguna parte se puntualiza de cuales períodos se trataban y sin que se acredite en todo caso, si los allí relacionados, constituían o no factor salarial a efectos de que se solicitara la reliquidación con base en ello.

Al respecto, conviene recordar que la congruencia en materia de las decisiones judiciales, se limita a las pretensiones y hechos planteados en la demanda, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, por lo que se debe obrar en ese marco que edifica la relación jurídica sustancial y procesal en el espacio jurisdiccional, tal y como lo ha señalado la C.S.J, S.C.L. en sentencia SL-440-2021.

Acorde con lo anterior, y considerando que a la actora le fue resuelta en debida forma la pretendida solicitud de reliquidación pensional, es claro que se debe proferir sentencia absolutoria, como lo dispuso el *a quo* en su sentencia por lo cual será confirmada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de junio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la

liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por WILLIAM ENRIQUE VILLADIEGO CASTRO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 006 2018 00635 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de octubre de 2021.

En esta instancia se recibieron los alegatos remitidos por el apoderado de Colpensiones, quien señaló que para atender la solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez del demandante, ha de tenerse en cuenta la normatividad vigente para la fecha de la estructuración de la invalidez, toda vez que no se trata de una enfermedad degenerativa, es decir, el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, y como quiera que el demandante no logró acreditar el requisito mínimo de 50 semanas cotizadas, dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, solicita sea confirmada la decisión de primera instancia, teniendo como resultado la absolución de la entidad.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de la Resolución No. SUB 68547 del 18 de mayo de 2017 proferida por Colpensiones, en consecuencia, se condenará a la demandada a reconocerle, liquidarle y pagarle la pensión de invalidez de origen común a partir del 25 de enero de 2017 (fecha del dictamen de medicina laboral de COLPENSIONES) de conformidad con el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, así como al pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, intereses corrientes del artículo 195 del C.C.A., a la indexación o corrección monetaria de la primera mesada pensional y al pago de las costas y agencias en derecho.

Cómo fundamento de sus pretensiones señaló que padece de CARDIOMIOPATIA DILATADA, la cual fue calificada por el Grupo Médico Laboral de Colpensiones con una PCL de 68.84% y con fecha de estructuración de la invalidez del 24 de enero de 2017; indicó que cotizó para el riesgo de pensión, vejez e invalidez ante Colpensiones hasta el 31 de enero de 2014 un total de 932 semanas, sin poder continuar cotizando posteriormente dado su estado de salud; finalmente, manifestó que el día 8 de mayo de 2017 solicitó ante la demandada la prestación pensional aquí pretendida, siendo negada por la misma, mediante Resolución No. SUB 68547 del 18 de mayo de 2017 al no tener cotizadas 26 semanas en el último año anterior a la fecha de la estructuración.

Cómo fundamento normativo citó el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 13, 23, 29, 38, 46 y 48 de la Ley 100 de 1993, así mismo trajo a colación el Decreto 2463 de 2001.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones S.A. contestó la demanda cómo se observa a folios 30-48, oponiéndose a las pretensiones, en la medida en que la demandante no cumplía con el requisito de haber cotizado 50 semanas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez acaecidos el 24 de enero de 2017, pues que solo cotizó 30 semanas en este periodo, señalando además que al no adeudarse nada a la demandante no resultaba procedente la causación de intereses moratorios, comerciales, la indexación y el pago de

costas y agencias en derecho. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la excepción genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de octubre de 2021, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

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

***COSTAS** a cargo de la parte actora vencida en el proceso, se fija en la suma de \$300.000, por concepto de agencias en derecho.”*

Como fundamento de su decisión enunció que la normatividad vigente para el momento de la estructuración de la invalidez era la Ley 860 de 2003, cuyos requisitos no fueron acreditados por el demandante, en el entendido que no cotizó 50 semanas en los últimos tres años previos a la fecha de la estructuración. Manifestó que al estudiar el principio de la condición más beneficiosa, este se tornaba improcedente, en la medida que no se acredita que el estado de invalidez se hubiere producido entre el día 26 de diciembre del año 2003 y el día 26 de diciembre del año 2006, 3 años que corresponde al tiempo de permanencia, zona de paso entre la ley 100 de 1993 y la ley 860 del año 2003, para acceder a la prestación correspondiente. Finalmente, advirtió que al accionante no lo protege la regulación consagrada en el parágrafo 2 del artículo 1 de la ley 860 del año 2003, en cuanto dispone la norma, que

cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos 3 años, pues se probó que si bien el accionante acreditó el mínimo de 25 semanas durante los 3 años anteriores a la estructuración del estado de invalidez y que cotizó un total de 932.43 semanas, lo cierto es que el 75% de las 1300 semanas que exige la ley 797 del año 2003 para acceder a la pensión de vejez corresponde a 975 semanas, y en consecuencia las súplicas de la demanda resultaron imprósperas.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable el reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada por el actor.

En primer lugar, debe precisarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) que el 30 de marzo de 2017, Colpensiones lo calificó con una pérdida de la capacidad laboral del 68.84%, de origen común y fecha de estructuración de 24 de enero de 2017 y (ii) que Colpensiones mediante Resolución No. SUB 68547 del 18 de mayo de 2017, negó el reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada.

En tratándose de pensión de invalidez no se puede perder de vista la fecha de estructuración de la invalidez, para así

establecer la norma aplicable y los requisitos exigidos para acceder al reconocimiento de la prestación anhelada.

En el caso bajo estudio, es un hecho incontrovertido que la fecha de estructuración de la invalidez fue el 24 de enero de 2017, por lo que la norma llamada a regular el asunto es la vigente para la época de la estructuración, esto es, el artículo 01 de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con lo anterior para que el afiliado tuviera derecho a la pensión de invalidez era necesario que cumpliera con los requisitos establecidos por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, consistentes en: **50 semanas en los 3 años inmediatamente anteriores a la causación de la invalidez .**

Así las cosas, del caudal probatorio allegado al expediente, se establece que el actor no cumple con el requisito enunciado, toda vez que su último aporte al sistema de seguridad social en pensiones se realizó en el año de 2014, por lo que entre el 24 de enero de 2017 y el 31 de julio de 2017, tan solo contaba con 26.59 semanas cotizadas.

Empero, sabido es que al realizar el estudio de la pensión de invalidez, se acude analizar la viabilidad de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

Ahora, se trae a colación, la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, con Radicación N°36.065 del 14 de julio

de 2009, en la que se precisó que no es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento, sino por el contrario debe ser aquella que regía inmediatamente antes de adquirir plena eficacia y validez el precepto aplicable. Así mismo indicó la Corte que el juez no está facultado para realizar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la Ley 100 de 1993 que haya precedido a su vez a la norma anteriormente derogada.

Sumado a ello el principio de la condición más beneficiosa, no puede interpretarse como la aplicación de cualquier precepto jurídico que haya regulado el asunto en algún momento; por el contrario en caso de ser aplicado, debe entenderse que solo se hará uso de la norma que regía inmediatamente antes de adquirir plena validez la Ley 860 de 2003, es decir, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, la Ley 100 de 1993, en su versión original, establece como requisitos para acceder al pretendido derecho : a) *Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, o que, b) **Habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiera realizado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.***

Frente al tema, vale mencionar la sentencia SL2358-2017, mediante la cual la H. Corte Suprema de Justicia decantó la hipótesis para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, resaltando aquel criterio de temporalidad como factor necesario para la aplicación del principio así:

“Recapitulando, se debe conceder la pensión de invalidez, en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, cuando se cumplan los siguientes supuestos:

(...)

3.2 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado estuviese cotizando.*
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 26 de diciembre de 2003.*
- c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.*
- d) Que al momento de la invalidez estuviese cotizando, y*
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes de la invalidez.*

(...)

4. Combinación permisible de las situaciones anteriores

A todas estas, también hay que tener presente, para otorgar la pensión de invalidez bajo la égida de la condición más beneficiosa, la combinación de las hipótesis en precedencia, así:

4.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando se invalidó no estaba cotizando

La situación jurídica concreta se explica porque el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, se encontraba cotizando al sistema y había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Si el mencionado afiliado, además, no estaba cotizando para la época del siniestro de la invalidez - « hecho que hace exigible el acceso a la pensión »- que debe sobrevenir entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2006, pero tenía 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior a dicho estado, es beneficiario de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Acontece, sin embargo, que de no verificarse este último supuesto, al afiliado no lo cobija tal postulado.

Aunque suene repetitivo, es menester insistir en que si al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, el afiliado se encontraba cotizando al sistema y no le había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo, no goza de una situación jurídica concreta.”

Para el caso, al revisar el reporte de semanas cotizadas en pensiones, emitido por Colpensiones, obrante a folios 67 a 72 del expediente, encontramos que el demandante al 26 de

diciembre de 2003 (fecha del cambio normativo), se encontraba cotizando, y que cuando se invalidó no está cotizando (24 de enero de 2017), por lo que se encuadra en el segundo supuesto regulado por la Alta Corporación. De igual forma, ha de concluirse que acredita las 26 semanas previas a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003 o más en cualquier tiempo.

Adicional a lo anterior, la invalidez se produjo el 24 de enero de 2017, conforme dictamen de pérdida de capacidad laboral visible a folios 14 a 18, esto es, fuera del término establecido por la H. Corte Suprema (entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2006) y tampoco acredita que tuviera 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior a dicho estado.

Efectuadas las anteriores precisiones, fácil resulta concluir que bajo los términos establecidos por el máximo Tribunal el demandante no es beneficiario de la condición más beneficiosa.

En conclusión como la actora no cumplió con el requisito de las 50 semanas en los tres años anteriores a la causación de la invalidez, que se establece en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, esto es, entre el 23 de enero de 2014 y el 24 de enero de 2017, no tiene derecho al beneficio pensional que pretende. También se tiene como conclusión que no es aplicable el principio de la condición más beneficiosa, lo que conlleva no acceder a sus pretensiones.

En consecuencia, se CONFIRMARÁ la sentencia del a quo.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

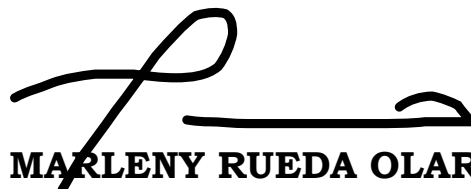
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de octubre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

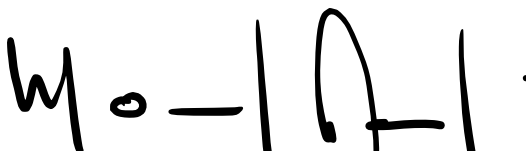
Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

ACLARO VOTO



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARO VOTO. En mi criterio, la norma que regula la prestación de invalidez es la que se encuentra vigente en la fecha en que se estructura dicho estado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por NANCY DEL
ROSARIO RUIZ ORTEGA contra FUNDACIÓN
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA.**

RADICADO: 11001 3105 008 2018 00503 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Informa la parte demandada que el Ministerio de Educación Nacional mediante Resolución 008608 del 16 de mayo de 2022 resolvió decretar la aplicación de los institutos de salvamento para la protección temporal de recursos y bienes de la Universidad en el marco de la vigilancia especial dispuesta en Resolución 005766 del 6 de junio de 2019, por lo que solicita se tengan en cuenta las medidas enmarcadas

en los numeral 2 y 3 de la Ley 1740 de 2014, esto es, la suspensión de los procesos de ejecución en curso, la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la institución y la cancelación de los gravámenes y embargos decretados con anterioridad. No hay efecto sobre el presente proceso como quiera que nos encontramos dentro del trámite de un proceso declarativo ordinario laboral, por lo que se incorporará al expediente la documental allegada sin más consideraciones.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de febrero de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se declarara que entre ella y la Fundación Universidad Autónoma de Colombia, existió un contrato de trabajo entre el *13 de septiembre de 1983 y el 22 de diciembre de 2016*, así como a que se declarara que la demandada desconoció la estipulación contenida en el Código Sustantivo del Trabajo, artículo 57, numeral 4, y lo pactado en el Contrato de Trabajo suscrito, en cuanto no le remuneró debidamente su actividad como COORDINADORA DE PROCESOS TÉCNICOS adscrita a la biblioteca desde el *2 de agosto de 1993 hasta el 22 de diciembre de 2016* y en

consecuencia, se paguen las sumas correspondientes por concepto de las diferencias causadas en salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de vacaciones, prima de servicios, aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud y pensión, actualización de historia laboral, indemnización por despido sin justa causa establecida en el art. 64 del C.S.T., indemnización moratoria establecida en el art. 65 del C.S.T., a todo aquello que se establezca de conformidad con las facultades ultra y extra petita, y costas y agencias en derecho.

Cómo fundamento de sus pretensiones señaló que se vinculó laboralmente con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido a partir del 13 de septiembre de 1983; que el cargo desempeñado inicialmente correspondió al de SECRETARIA I, ADSCRITA A LA BIBLIOTECA, luego, como AUXILIAR 3, ADSCRITA A LA BIBLIOTECA, a partir del 1 de abril de 1991, y posteriormente, al cargo de COORDINADORA DE PROCESOS TÉCNICOS, ADSCRITA A LA BIBLIOTECA, desde el 2 de agosto de 1993; que como COORDINADORA DE PROCESOS TÉCNICOS, se le asignó un salario básico mensual de \$201.394 a partir de agosto de 1993, de \$462.600 a partir de noviembre de 1997, de \$554.600 a partir de enero de 1998, de \$1.939.500 a partir del año 2013, de \$2.144.000 a partir del año 2015, siendo el último salario devengado en año 2016 de \$2.289.149.

Manifestó, que devengó el mismo salario entre 1994 y 1997 con el de los Señores María Ramos Ochoa Rodríguez y

Jorge Pulido Lombana, trabajadores de la Fundación, en calidad de COORDINADOR DE SERVICIO AL PÚBLICO y COORDINADOR, respectivamente; que a partir de octubre de 1997, el salario de la Señora María Ramos Ochoa Rodríguez fue incrementado de \$462.600 a \$600.000 y el del Señor Jorge Pulido Lombana de \$462.600 a \$752.100, por lo que indicó que fue indiscriminada injustamente por parte de la FUAC al no haberle sido realizado el incremento salarial a que tenía derecho en igualdad de condiciones de las mismas o similares funciones con el cargo de COORDINADOR.

Indicó que formuló acción constitucional, en donde mediante Sentencia T-466 de 1998, se ordenó a la FUAC nivelar el salario de la Señora Nancy del Rosario Ruiz Ortega con el de los demás empleados de la institución que estuvieren cumplimiento las mismas funciones; que para el año 1998 se ajustó su salario con el de la señora María Ramos Ochoa Rodríguez y no con el del señor Jorge Pulido Lombana; manifestó, que para el año 2005 fue trasladada de sede y fueron asignadas sus funciones a la Señora María Ramos Ochoa Rodríguez; finalmente, señaló, que la FUAC dio terminación al contrato de trabajo sin tener en consideración el derecho que se le asiste a que se agote el trámite establecido para ello en la Convención Colectiva de Trabajo.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 13 y 53 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 1, 9, 10, 18, 21 al 24, 38, 45, 55 a 57, 64, 65, 143, 145, 146, 148,

158, 186, 189, 249 y s.s., 306 y s.s. del C.S.T., así mismo trajo a colación la sentencia C-593 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Fundación Universidad Autónoma de Colombia contestó la demanda cómo se observa a folios 268 a 293, oponiéndose a las pretensiones, en la medida en que si bien acepta que existió un contrato de trabajo entre las partes desde el 13 de septiembre de 1993 hasta el 22 de diciembre de 2016, señaló que no hay lugar a que ordene el pago de la nivelación salarial y consecuente reliquidación de prestaciones sociales y acreencias laborales pretendidas en el asunto, ya que dichos pagos se realizaron en debida forma, al precisar que la demandante no ejerció el cargo de COORDINADORA DE PROCESOS TÉCNICOS hasta la fecha de retiro.

Agregó, que para dar aplicación a la convención colectiva en lo referente a la terminación del contrato, este se debe efectuar al momento de invocar una falta y dado que la terminación correspondió a una justa causa, como lo fue el reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la actora, y no se da el presupuesto factico de la falta, liberando al empleador de continuar con la trabajadora hasta cuando lo considere pertinente. Propuso las excepciones de mérito que denominó: cobro de lo no debido, buena fe, y compensación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de febrero de 2021, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA AUTÓMONA DE COLOMBIA, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por parte de la señora NANCY DEL ROSARIO RUIZ ORTEGA, en consideración a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido, y se releva del estudio de las demás conforme a las resultas del proceso.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: En caso de no ser apelada, ENVIAR el presente asunto al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, D.C. – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como fundamento de su decisión, argumentó que de conformidad con las pruebas de índole documental allegadas, se logró concluir en cuanto a la vinculación laboral de la demandante con la demandada, que inició el 13 de septiembre de 1983, ocupando los cargos denominados: Secretaria 1 adscrita a la biblioteca, auxiliar 2, auxiliar 3 adscrita a la biblioteca y coordinadora de procesos técnicos, y, que para el cargo de Coordinador de la Sección de Procesos Técnicos se requiere ser *profesional en sistemas de información y documentación en bibliotecología*.

Afirmó, que dada la confesión realizada por la parte demandante en los hechos de la demanda, es claro, que el salario de la demandante fue ajustado con el de la señora María Ramos Ochoa Rodríguez a partir del año de 1997 a 2005; sin embargo, frente a la nivelación para con el salario del Señor Jorge Pulido Lombana, no apareció demostrado que la señora Ruiz Ortega realizará idénticas funciones a las que de aquel, ni que tuvieran las mismas responsabilidades

dentro de la empresa accionada, ni mucho menos que las condiciones laborales de tiempo modo y lugar coincidieran en los dos trabajadores; precisó que para con el señor Pulido Lombana fue escaso el material probatorio vertido en autos, circunstancia que la imposibilitó a ordenar la nivelación salarial pretendida.

Destacó, que una vez verificada la sentencia T-466 de 1998, pudo constatar que en dicha ocasión la Corte Constitucional al analizar el caso de la accionante Nancy del Rosario Ruíz Ortega, señaló que está ocupaba el cargo de Coordinadora de procesos técnicos de biblioteca con las mismas funciones y el mismo salario que la Coordinadora del Servicio Público en Bibliotecas, entendiendo que se hacía alusión al cargo de la señora María Ramos Ochoa Rodríguez pero no con el del señor Jorge Pulido Lombana.

Puntualizó, que respecto de la nivelación con la señora María Ramos Ochoa Rodríguez a partir del año 2005 en adelante, no es comparable con la promotora del presente proceso, al deberse no solo valorar el salario superior de aquella trabajadora sino adicionalmente, los factores de calidad y cantidad, esto, atendiendo a que la demandante para el año 2005, fue trasladada a la biblioteca auxiliar y las funciones que hasta ese momento realizó fueron asignadas a la Señora María Ramos Ochoa Rodríguez, infiriendo que desde la reubicación la accionante ejerció sus funciones significativamente distintas a las de la otra trabajadora con las que solicita se compare, y que solo en gracia discusión, en caso de aceptarse que las funciones eran las mismas, lo

cierto es, que la señora Ochoa Rodríguez contaba con una capacitación académica superior, al ser profesional en bibliotecología, y siendo la demandante técnica en sistemas.

En lo concerniente a la indemnización por despido sin justa causa, manifestó que tal como lo ha dispuesto la ley y la jurisprudencia constituye una justa causa para que el empleador de por terminado unilateralmente el vínculo laboral, el hecho de que el trabajador sea notificado del reconocimiento de su pensión de vejez y haya sido incluido en la nómina de pensionados correspondiente, luego entonces una vez el trabajador esté en nómina de pensionados es procedente su desvinculación, y como quiera que para el caso de marras, efectivamente a la demandante le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución No. GNR 010746 del 28 de noviembre de 2012, con inclusión en nómina de diciembre del mismo año, y sin que en nada implique que desaparezca la citada causal, por el hecho de haber continuado laborando la demandante a favor de la demandada, ya que el empleador podría hacer uso de la misma en el momento que lo considerará necesario.

Finalmente, frente a la indemnización moratoria, advirtió que esta pretensión se encontraba fundamentada en el incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones salariales que se establecieran en el proceso más no de las causas en vigencia de la relación laboral ni mucho menos de las liquidadas al finalizar la relación laboral, entendiéndose así que no existe inconformidad del accionante frente a éstas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante, fundamentó su apelación indicando que se debe tener en cuenta toda la documental obrante en el expediente, atendiendo a que conforme con las certificaciones emitidas por la FUAC, tanto la demandante como la Señora María Ramos Ochoa Rodríguez, tuvieron todo el tiempo el mismo cargo y funciones, pese a que la actora hubiese sido trasladada de sede; precisa que el señor Jorge Pulido Lombana durante el año de 1994 hasta abril de 1997, fue igualmente Coordinador, por lo que desempeño las mismas funciones en el área de la biblioteca que la señora Nancy del Rosario Ruíz Ortega y María Ramos Ochoa Rodríguez.

Señaló, que si bien en los oficios emitidos por la demandada se indica que para el cargo se requería de un estudio profesional en bibliotecología, dicha circunstancia no fue puesta en conocimiento de la actora, pues nunca se le indico que para que desempeñar sus funciones y cargo debía contar con el mismo, sino por el contrario ella continuo prestando el servicio de igual forma que la señora María Ramos Ochoa Rodríguez solo que con un menoscabo salarial, lo que evidencia la violación a la igualdad.

Frente a la indemnización por despido sin justa causa, reitera su solicitud en el entendido de que la demandada si debió haber actuado conforme lo indica la Convención Colectiva de Trabajo respecto de la comisión de estabilidad,

puesto que si la demandada sabía desde el año 2012 que la actora se encontraba pensionada porque tan solo hasta el año 2016 dio por terminado el contrato de trabajo,

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si hay lugar o no a la nivelación salarial bajo la premisa “*a trabajo igual, salario igual*” y las pretensiones derivadas de esta determinación.

En primer lugar, debe precisarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) que entre la demandante y la Fundación Universidad Autónoma de Colombia, existió un vínculo laboral entre el 13 de septiembre de 1983 y el 22 de diciembre de 2016, regido a través de un contrato de trabajo a término indefinido, ii) que la demandante desempeño a favor de la demandada durante la relación laboral, los siguientes cargos: *Secretaria 1 adscrita a la biblioteca*, a partir del 13 de septiembre de 1983 (fl. 43-44), *auxiliar 3 adscrita a la biblioteca* desde el 1 de abril de 1991 (fl. 45), y *coordinadora de procesos técnicos* desde el 2 de agosto de 1993 (fl. 46), (iii) que en cumplimiento a lo ordenado en sentencia T-466 de 1998, a la demandante le fue nivelado su salario con el de la Señora María Ramos Ochoa Rodríguez a partir de abril de 1997 hasta abril de 2005, y iv) que la demandante fue trasladada como Coordinadora de Procesos Técnicos de la sede de la Calle 18 No. 4-45, a partir del 15 de abril de 2005 y

posteriormente al programa Académico de Ingeniería Ambiental a partir del 14 de enero de 2011.

Precisado lo anterior, se observa que los reparos sobre este asunto en particular se contraen a que no se nivelo el salario de la demandante con el de Jorge Pulido Lombana y María Ramos Ochoa Rodríguez, al desempeñar el mismo cargo y funciones para la demandada, en dos momentos, así: **i) del año de 1997 al año de 2005 en comparación con el devengado por Jorge Pulido Lombana, y, ii) entre el año 2005 al año de 2016 en comparación con el devengado por María Ramos Ochoa Rodríguez.**

Sabido es que la igualdad salarial por trabajo de igual valor, es un principio del derecho del trabajo universalmente reconocido que se consagra en los convenios internacionales de trabajo y que en nuestra legislación, se acoge bajo el aforismo “*a trabajo igual, salario igual*” y cuenta con respaldo constitucional en el artículo 13 de la Carta Política, que consagra el derecho a la igualdad.

A su turno el art. 143 del C.S.T., establece al efecto: “*A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el art. 127...*”.

Así mismo, ha precisado de manera reiterada la jurisprudencia que, para garantizar este principio, es posible establecer diferencias salariales, siempre que exista una

justificación razonable, basada en la cantidad, calidad y eficiencia en el trabajo, en la jornada de trabajo, o en otras circunstancias relevantes, aun cuando se trate de trabajadores que desempeñan una misma labor.

Adicionalmente, respecto de la carga probatoria la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3165-2018, tiene adoctrinado lo siguiente:

“Al respecto, la Sala tiene adoctrinado que quien pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar el cargo que desempeña y la existencia de otro trabajador que ejecute el mismo puesto, con similares funciones y eficiencia (sentencias CSJ SL, 5 feb. 2014. Rad. 39858 y SL 20 oct. 2006. Rad. 28441 que reiteró las providencias SL 10 jun. 2005 y 24 mayo 2005. Rad. 24272, entre otras).”

Así las cosas, descendiendo al acervo probatorio, se observa frente al *primer* reparo planteado, esto es, la nivelación salarial en comparación con Jorge Adelmo Pulido Lombana, para el período de 1997 a 2005, que obra certificaciones laborales de los mismos (documental digital No. 06.1 y 06.3), de donde, si bien se logra evidenciar que para inicios del año de 1997, ambos trabajadores sufragaron como monto salarial la suma de \$462.600, y que a partir del mes de agosto del mismo año, el salario del señor Pulido Lombana fue incrementado a la suma de \$752.100, también se puede constatar, que ello, obedeció al cambio de cargo de este último, pues en la misma certificación se indica que el último cargo desempeñado por el Señor Pulido Lombana fue el de *Jefe de Sección Logística*, hecho, que por demás se confirma con el Acuerdo No. 270 del Consejo Directivo de la FUAC, el cual aprobó el escalafón para el personal Administrativo y Operativo de la institución, y de donde se

extrae que el salario correspondiente para el cargo de *Jefe de Sección* a partir del 1 de agosto de 1997 corresponde a la suma de \$752.100 (fl. 88).

Teniendo en cuenta las pruebas anteriormente indicadas, a pesar de que la parte actora, señaló que el señor Pulido Lombana ejerció el mismo cargo y las mismas funciones que ella, lo cierto es que no existe ningún medio probatorio que acredite tal manifestación, por el contrario, lo que se puede concluir de la prueba arrimada al plenario es que si bien inicialmente ambos ocupaban el mismo cargo (*Coordinador*) al devengar el mismo salario, lo cierto es que el señor Pulido Lombana fue promovido a *Jefe de Sección*, lo que implicó modificación a nivel salarial, y precisándose, que pese a que conforme con la documental obrante a folio 91 a 93 y 94 a 95, se hallan relacionadas las funciones de los dos cargos siendo en un todo idénticas, si existe una diferencia en los requisitos para desempeñar el cargo de *Jefe de Sección*, pues solicita de estudios universitarios o intermedios profesionales que la actora no acredita hubiere tenido en dicha época, ya que la propia actora desde el libelo demandatorio, hecho 41, confiesa que es Técnico en Sistemas.

Ahora bien, en lo concerniente al *segundo* reparo, específicamente, la nivelación salarial en comparación con María Ramos Ochoa Rodríguez, para el período de 2005 a 2016, igualmente obra certificación laboral de esta última (documental digital No. 06.2), en la cual se precisa que esta última, se encuentra vinculada en la institución a través de

contrato de trabajo indefinido a partir del 16 de mayo de 1990, y ocupando el cargo de “*Coordinadora, adscrita a la Unidad de Biblioteca*”, deduciéndose, de igual forma, que no se acreditan los salarios devengados por las dos trabajadoras para los años de 2005 a 2009, por lo que no puede entrarse a determinar si existió o no entre las mismas una diferencia salarial, pues en caso de que hubiese existido, sería del caso procedente ordenar la nivelación salarial pretendida, dado que ocupaban el mismo cargo y funciones, conforme así fue reconocido y ordenado en sentencia de tutela T-466 de 1998, empero, como ya se dijo, no existe medio probatorio alguno que así lo acredite.

En contrapuesto, respecto del período de 2010 a 2016, se verifica que para los años de 2010 a 2014 ambas trabajadoras, devengaban el mismo salario, presentando un incremento salarial para el año de 2015 a favor de la Señora Ochoa Rodríguez, pero acreditándose de igual forma, que se realizó la modificación salarial atendiendo el grado estudios de esta, conforme bien lo indicó la juzgadora de primera instancia, pues obra a folio 102 del paginario, perfil del cargo de “**Coordinador Sección de Procesos Técnicos**” extraído del Manual de Funciones del año 2014, el cual es allegado por la parte demandante, que en lo concerniente al perfil del cargo, indicó en el ítems “**Educación (Estudios aprobados): Profesional en Sistemas de Información y Documentación (Bibliotecología)**”, calidad que es reconocida a la María Ramos Ochoa Rodríguez, por parte de la demandada, pues así, se indicó en Oficio B-2010-045 (fl. 131 a 132).

Así las cosas y resultando las circunstancias descritas tanto para con Jorge Adelmo Pulido Lombana como para con María Ramos Ochoa Rodríguez, más que suficientes para considerar que ninguna vocación de éxito puede tener la pretensión relacionada con que su remuneración se haga con el salario previsto para con ellos, dado que la diferencia de nivel profesional es un aspecto objetivo que hace viable la diferencia salarial.

Sobre la indemnización por despido injusto, la Sala prohíja en su integridad los razonamientos expuestos por la primera sentenciadora para denegar dicho pedimento, en la medida en que a través del documento que obra a folio 137 y 103 a 106 del expediente, referentes a la certificación de retiro y Resolución GNR 010746 del 28 de noviembre de 2012, respectivamente, aparece suficientemente acreditado que la terminación se dio con ocasión de la calidad de pensionada de la actora, decisión que se ajusta en un todo a los parámetros establecidos por nuestro ordenamiento laboral, como una causal de justa causa para dar por terminada la relación contractual (art. 62, literal a), numeral 14 del C.S.T. y artículo 9 de la Ley 797 de 2003 que reformó el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993)

Resaltando que, para la aplicación de la causal, se otorga al empleador la posibilidad de usarla *«cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad»*, es decir, en cualquier momento, pues así, lo ha dejado por sentado la Alta Corporación Laboral, al

reiterar en Sentencia SL3108-2019, lo afirmado en Sentencia SL2509-2017, así:

“En la misma providencia, esta Corporación señaló (iii) que el enunciado «podrá» contenida en los incisos 1.º y 3.º de la norma, expresa que «el retiro del trabajador por reconocimiento de la pensión de vejez entraña una decisión discrecional del empleador. Luego, no se trata de una causal de forzoso acatamiento, sino de una facultad que la ley le brinda al empleador y de la cual puede hacer uso cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad».”

Por las razones expuestas con precedencia, se CONFIRMARÁ en su totalidad la sentencia impugnada.

Costas a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de febrero de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LILIA DEL CARMEN CELY DE LAMBIS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 008 2020 00077 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de abril de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa,

respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse de régimen pensional.

La parte demandante, manifestó que en la etapa precontractual no se le brindo información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de las situación personal y concreta de la demandante.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación del traslado que realizó el 14 de junio de 2000, con la Sociedad Administradora de fondo Privado de Pensiones y Cesantías Colfondos y como consecuencia de dicha declaratoria de ineficacia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla entre sus afiliados, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 4 de abril de 1957; que en la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones contaba con 35 años de edad; que se trasladó del RPM al RAIS administrado por Colfondos S.A., el 14 de junio de 2000; sin que el asesor de dicho fondo le brindara información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en uno y otro régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48,49, 53, 58,150, 333 de la Constitución Nacional, los artículos 21 y 36 de la ley 100 de 1993, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 y el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y las sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado N° 33083 de 2011, 54814 de 2018, 47125 de 2018, 1452 de 2019, 68838 de 2019, 106180 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual no se opuso a las pretensiones declarativas incoadas, al considerar que la AFP no cuenta con soportes para demostrar que se le asesoró en debida forma al demandante y se opuso al pago de costas y agencias en derecho así como también a la condena ultra y extra petita; no propuso excepciones.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó la demandante 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 válido. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de abril de 2022, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO de la señora LILIA DEL CARMEN CELY DE LAMBIS realizado del Régimen de Prima Media al RAIS acaecido el 14 de junio de 2000, mediante la afiliación a COLFONDOS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado del régimen pensional de la señora LILIA DEL CARMEN CELY DE LAMBIS.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora LILIA DEL CARMEN CELY DE LAMBIS tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva la COLFONDOS. y que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

SEXTO: En caso de no ser apelada, y como quiera que fue adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES, ENVIAR el presente asunto al Tribunal Superior de Bogotá –Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994, Ley 1328 de 2009, Decreto 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y Ley 795 de 2003, de igual manera la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como, SL 123 de 2014, SL 9804 de 2015 mencionan que las AFP tienen la obligación del deber de información y buen consejo, toda vez que solo puede entenderse que se toma una decisión libre y voluntaria cuando de forma precedente fue debidamente informado de las condiciones de su decisión, información por parte de las AFP que deben ilustrar acerca de las

características, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin que sea el formulario de afiliación prueba suficiente del cumplimiento del deber de información. Así las cosas, se puede entender que la falta de información de las AFP eventualmente se puede constituir como un atentado en contra de los derechos del trabajador.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación solicitó se revoque la sentencia proferida en su totalidad, al considerar que cuando la demandante se traslada de régimen pensional no existía ninguna disposición legal que obligara a las AFP a documentar la asesoría de traslado sin que exista ningún documento diferente al formulario de afiliación y en el interrogatorio de parte se puede establecer que existió una asesoría y producto de dicha información es que la actora suscribe de forma libre y voluntaria el formulario de vinculación; por otro lado refirió que el perjuicio causado a la demandante debe ser reparado por quien lo causo en este caso Colfondos S.A.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por

COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de

elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en el año 2000 en su lugar de trabajo un asesor de Colfondos S.A., le indicó que debía trasladarse a un fondo privado, en virtud de que el Seguro Social estaba atravesando una crisis y no se podría pensionar; en cambio con la AFP podría pensionarse de manera anticipada y con un valor alto.

Así las cosas, de los medios probatorios arrimados al plenario no se observa documento alguno que demuestre que el fondo de pensiones suministro a la posible afiliada las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 21 de abril de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JUAN LUIS ESTRADA PIEDRAHITA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS.

RADICADO: 110013105 012 2021 00139 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de abril de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A, argumenta que no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

COLPENSIONES, argumenta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP es nulo, toda

vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al Régimen de Ahorro Individual.

DEMANDANTE, argumenta que es necesario aclarar que en ningún momento lo que se busca es la conservación de los beneficios transicionales sino la garantía del derecho a la información, ya que a la fecha no ha solicitado ni ostenta el status de pensionado. No le informaron las ventajas ni las desventajas de estar afiliado al Régimen de Ahorro Individual, lo cual conllevó a que hoy luego de haber creído en el sistema pensional y de haber confiado sus aportes se evidencie un perjuicio causado por la falta de experticia y de debida diligencia de los asesores comerciales de dicho fondo de pensiones, tal y como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral.

I. ANTECEDENTES

El señor Juan Luis Estrada Piedrahita, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S.A, Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a las AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que desde que inició su vida laboral cotizando en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en la Caja de Auxilios y de Prestaciones de ACDAC CAXDAC, hoy la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, cotizó un total 698 semanas; durante toda su vida laboral ha cotizado un total de 1.833 semanas; que el 19 de octubre de 1994 se trasladó del Instituto de los Seguros Sociales a Colfondos S.A Pensiones y Cesantías.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005; artículo 3 del Decreto 663 de 1993 sustituido por el artículo 35 de la Ley 795 de 2003; numeral primero del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 sustituido por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003; artículo 210 del Decreto 663 de 1993 sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003; artículo 4 Decreto 656 de 1994; artículo 15 Decreto 656 de 1994; artículo 10 del Decreto 720 de 1994 por medio del cual se reglamenta el artículo 105 y 287 de la Ley 100 de 1993; artículo 12 del Decreto 720 de 1994.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo 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 asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Propuso entre otras las excepciones 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 del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que siempre brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, también mencionaron las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria demostrándose de esa manera que, la AFP Porvenir Pensiones y Cesantías, no constriñó en su decisión ni obligó a trasladarse del régimen de prima media con prestación definida administrado en ese entonces por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones. Propuso entre otras las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de abril de 2022, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por el señor JUAN LUIS ESTRADA PIEDRAHITA identificado con C.C No. 19.309.725 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS el 19 de octubre de 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor JUAN LUIS ESTRADA PIEDRAHITA al régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JUAN LUIS ESTRADA PIEDRAHITA tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone en el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a la COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo en que permaneció afiliado a esta, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor JUAN LUIS ESTRADA

PIEDRAHITA al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado.

SÈPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., y COLPENSIONES y a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA. ”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia radicado 3383 de 2011, radicado 46292 de 2014, SL 17595 de 2017, SL 1452 de 2019, entre otras, en lo que a información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es su obligación suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso la de ante poner los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar a un afiliado, pues el hecho de firmar un formulario de afiliación no implica per se que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada, en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo, lo cual no prueba que la información se haya brindado luego son dichas entidades que tienen la carga de la prueba en demostrar que suministraron la información en los términos suministrados en la jurisprudencia en comento.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación al considerar que el demandante manifiesta en el interrogatorio de parte que se le entregó la información por medio de un asesor previo a su traslado donde se le manifestaron las condiciones del sistema, se le manifestó como se podía llegar a pensionar con el régimen de ahorro individual así como algunos beneficios (pensión anticipada), tenía claro que con el régimen de ahorro individual se tenía que pensionar con un capital que genera unos rendimientos. Por otro lado, en relación con el contenido del formulario de afiliación, insiste, este no es un documento que Porvenir S.A. se inventó para evadir sus responsabilidades sino que se tiene que tener en cuenta que

éste formulario es aprobado por las autoridades competentes en materia de vigilancia de las entidades de seguridad social. En relación con la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y frente a los primeros no se puede desconocer que la AFP., durante todo el tiempo que estuvo afiliado el demandante, realizó una gestión de administración que fue exitosa y de buena fe, y la prima de seguros tampoco porque la aseguradora cumplió con su deber mientras subsistió la afiliación.

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación parcial frente a la condena en costas en razón a la buena fe con la cual ha actuado Colpensiones, atendiendo al artículo 145 del Código Procesal del Trabajo en donde se faculta al juez a condenar en costas a la parte vencida teniendo en consideración la conducta asignada por éste, que es una norma de carácter procesal de vigencia inmediata y de acuerdo al artículo 40 y la Ley 153 de 1887 y la reiterada jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en virtud que Colpensiones no podía recibir como afiliado válido al hoy demandante en virtud de que se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de que trata la Ley 7 de 1997 que le impide recibirlo como afiliado.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar

por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A, el 19 de octubre de 1994.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte actora, señaló que cuando llegó a la organización de Luis Carlos Sarmiento, quien es el propietario de Porvenir S.A., le sugirieron que por estar en una de esas empresas debía pasarse a dicha AFP., en ese momento estaba en el Seguro Social y tuvo que esperar un año y medio para pasarse al Fondo Privado. Le indicaron que el fondo privado tenía mejores pensiones, podía escoger cuando jubilarse y con qué monto podía hacerlo.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las

administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017, Sl 4989-2018 y Sl 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se confirmara la sentencia proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 5 de abril de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ELIZABETH CASTELLANOS BERNAL contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 012 2019 00254 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En forma previa a resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia dictada por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de agosto de 2021, se advierte que en el presente asunto se tiene pendiente resolver la apelación interpuesta contra el auto dictado en audiencia efectuada el 20 de agosto de 2021, mediante el cual se denegó el llamamiento en garantía que solicitó la vinculada como Litis Consorte Necesario Skandia S.A., considerando que para decidir de fondo el asunto no se requería la vinculación de la Mapfre S.A., dadas las pretensiones.

La apoderada de la demandada SKANDIA S.A., interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el auto proferido con fundamento en que es importante vincular a la aseguradora Mapfre, ya que si eventualmente se acoge el Despacho a una línea jurisprudencial señalada por la Corte Suprema de Justicia de declarar la ineficacia del traslado, una consecuencia de ello, es el traslado de los gastos de administración, toda vez que dichos gastos fueron dados oportunamente para cubrir las contingencias de invalidez y muerte, siendo la aseguradora la que cubrió dichas contingencias.

La parte demandante, solicitó que se ratifique la decisión y los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., señalaron que se atienen a la decisión del ad quo.

El Juzgado de origen resolvió no reponer la decisión y en consecuencia concedió el recurso de apelación.

Al respecto, lo primero que habría que señalar es que el auto que resuelve sobre el llamamiento en garantía es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que reformó el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

De esta forma, en aras de desatar lo debatido resulta oportuno recordar la figura del llamamiento en garantía, la cual consiste en que la convocada a juicio llame a un tercero, cuando estime que este tiene la obligación legal de responder en

cabeza suya. En tal sentir, el artículo 64 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T y la S.S, señala:

“Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.”

Ahora bien, en el caso bajo estudio alega la recurrente que MAPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, debe ser llamada en garantía, en virtud del contrato de seguro previsional que fue suscrito con la misma, con vigencia comprendida entre el 2008 a 2009, que corresponde a la póliza N° 9201407000002.

No obstante, la Sala no comparte la apreciación de la recurrente, toda vez que la mencionada aseguradora no tiene obligación de cubrir ninguna de las posibles condenas que podrían derivarse en el presente proceso, toda vez que dicha póliza consiste en cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia de conformidad con el artículo 108 de la Ley 100 de 1993.

“ARTÍCULO 108. SEGUROS DE PARTICIPACIÓN. Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.”

Así pues, dado que el presente proceso gira en torno a establecer si es nulo o ineficaz la afiliación que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual y en virtud de ello ordenar su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación

Definida, así como también la devolución de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, resulta claro que ninguna de estas obligaciones incumben a MAPRE S.A. de conformidad con la póliza celebrada, por lo que no se cumple con los requisitos exigidos por el legislador para tenerla como llamada en garantía, en consecuencia se habrá de confirmar la providencia recurrida.

Resuelto lo anterior se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de agosto de 2021.

En esta instancia se recibieron los alegatos presentados por los apoderados de Porvenir S.A., Colpensiones y Skandia S.A.

Porvenir S.A., solicito confirmar la sentencia de primera instancia por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado, ya que se cumplió con la carga probatoria encaminada a demostrar que existió un consentimiento informado, libre y voluntario por parte de la demandante, y se evidenció que la demandante realizó traslados horizontales entre AFP y que contó con varias oportunidades

para revertir su decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo.

Así mismo, Colpensiones, indicó que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada, el cual suministro la información veraz y completa a cerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no se evidencia vicio en el consentimiento, ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aporte en pensión, no fue obligada ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara y por ultimo referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño la indujo al traslado.

A su turno, Skandía, concluyó que no es posible reintegrar las sumas descontadas por concepto de comisión de administración, dado que se destina una parte a pagar la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte y la otra parte, para sufragar los gastos de administración, de ahí que parte del mencionado porcentaje, ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora y por tanto, no se encuentra en las arcas de la AFP.

Por otra parte, la apoderada de la parte demandante, solicita se confirme la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta que a la demandante al momento del traslado del

régimen pensional no se le brindo la información necesaria y suficiente para establecer la desventajas y ventajas del cambio de régimen, como quedó demostrado en los interrogatorios surtidos en la etapa probatoria, y atendiendo lo establecido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en cuanto que las administradoras de fondos de pensiones por su trascendencia social se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, por tanto están obligadas a prestar todos los servicios inherentes a la seguridad social de forma eficiente, eficaz y oportuna, lo que les impone el cabal cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

I. ANTECEDENTES

La señora ELIZABETH CASTELLANOS BERNAL, pretende la nulidad del traslado que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene el traslado al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. Sustento sus pretensiones, en que efectuó aportes al ISS desde el 1 de mayo de 1981 hasta el 23 de septiembre de 1994, señaló que el 1 de abril de 1995, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., sin que se le hubiese suministrado la información necesaria para trasladarse de régimen.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, y la sentencia de la Cortes Suprema de Justicia con radicados N° 31314 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 63 al 68 del plenario, donde se opones a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que la actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, y al estar válidamente afiliada a la AFP Porvenir S.A y sin que se hubiese probado error, fuerza o dolo en la afiliación. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

Por su parte, PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, obrante a folios 84 a 93, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el formulario de afiliación a la AFP es un acto existente, valido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

Igualmente, SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda, como se encuentra a folio 125 en medio magnético, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, manifestando que la afiliación realizada por la demandante con la entidad se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación, y conforme los postulados de buena fe. Propuso las excepciones de mérito que denomino cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participo ni intervino en el momento de elección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón

de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de agosto de 2021, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora ELIZABETH CASTELLANOS BERNAL al régimen de ahorro individual con solidaridad, materializado el 1 de junio de 1994, a través de PORVENIR, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora ELIZABETH CASTELLANOS BERNAL al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ELIZABETH CASTELLANOS BERNAL como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, incluidos los cobrados por COLPATRIA y HORIZONTE.

CUARTO: CONDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a través de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., los costos cobrados por concepto de administración con motivo de la afiliación de la señora ELIZABETH CASTELLANOS BERNAL al régimen de ahorro individual con solidaridad durante el tiempo en que permaneció en dicho fondo.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora ELIZABETH CASTELLANOS BERNAL al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la cantidad \$2'000.000.

OCTAVO: CONSULTAR la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial Bogotá, por lo expuesto.”

Como fundamento de su decisión, señaló que la demandante no cumplía con los requisitos para trasladarse sin inconvenientes de nuevo al RPM en aplicación del inciso 2 y 4 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y de las diferentes decisiones emitidas por la honorable Corte Constitucional como las C-789 de 2002 C-24 del 2004 y C-062 del 2010; pero que sin embargo, indicó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y el deseo del afiliado, se requiere que la Administradora de Ahorro Individual haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, incluso desanimar al interesado de tomar una decisión que perjudique sus intereses por lo que la omisión de dicha afiliación trae como consecuencia la ineficacia del traslado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, manifestando que no le era obligatorio a su representada brindar la información acompañada por documentos teniendo en cuenta que para la época del traslado, esto es, para el año de 1994, estaba vigente, el artículo 97 del decreto 663 de 1993, el cual obligaba a

brindar la asesoría conforme a los parámetros establecidos en dicha norma, pero de manera verbal; señaló que para el presente caso, se dan todos los preceptos de los actos de relacionamiento, por cuanto la demandante ha ratificado su voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual, realizando cuatro traslados entre fondos pensionales del régimen de ahorro individual; precisó que no hay lugar a ordenar la devolución de los gastos de administración, ya que no forman parte integral de la pensión de vejez y que así mismo, tampoco existe una norma que determine la imprescriptibilidad de estos.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, al considerar que se con los traslados horizontales realizados por la demandante en cuatro oportunidades y con la solicitud de información del año 2018, se evidencian los actos de relacionamiento a que hace referencia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y que configuran la exteriorización de la voluntad, entre ellas, la Sentencia 1008 de 2021.

SKANDIA S.A., interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia en cuanto a la condena de trasladar los conceptos de cuotas de administración y de seguro previsional, atendiendo a que la norma señala de manera muy concreta y taxativa cuáles son esos esos emolumentos que deben trasladarse en los recursos, entre regímenes del sistema general de pensiones, encontrando que nada indica que deban trasladarse los emolumentos o los conceptos de gastos de administración.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema,

establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones

que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los

documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 95 del expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 3 de mayo de 1994.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que cotizó inicialmente a la Caja de Previsión Social, posteriormente ante el ISS y al estar trabajando, en el año de 1994, se acercó a la Oficina un asesor de Porvenir S.A., que le indicó que el Seguro Social se iba acabar y por ende los aportes a pensión estarían en riesgo y que al trasladarse la pensión sería más alta, así como también que podría pensionarse de manera anticipada y por tal razón se trasladó de régimen pensional.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre

dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017 y SL 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

"En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar

administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º - ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciera efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.»

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 11 de junio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE

Ordinario Apelación Sentencia
N° 012 2019 00254 01
Elizabeth Castellanos Bernal
Colpensiones y Otro



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$1.000.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUZ STELLA BUSTAMANTE BELLO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 012 2020 00419 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de mayo de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A, señalo que la afiliación se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma pre impresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento una documental que, debidamente estructurada, figura en los términos de ley como medio probatorio de la libertad de afiliación y el consentimiento informado de la parte demandante.

COLPENSIONES, indicó que en este asunto en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento. No se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada el cual suministro la información veraz y completa a cerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligada ni mucho menos se ejerció pensión o fuerza para que se trasladara y por ultimo referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño la indujo al traslado.

La parte demandante, manifestó que la AFP Porvenir no le brindó información suficiente de su potencial situación pensional, incluida la pérdida de los beneficios de la transición; es decir, la AFP Porvenir, no dio a conocer a la demandante las consecuencias negativas que implicaba su traslado al fondo. La demandante no fue prevenida de las consecuencias de su vinculación en el RAIS. La AFP violó el principio ético de transparencia al no dar a conocer la verdad objetiva de los regímenes, sobredimensionando lo bueno y callando lo malo, el fondo de pensiones Porvenir no acreditó la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera todas las implicaciones del traslado de régimen pensional.

I. ANTECEDENTES

La señora Luz Stella Bustamante Bello, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que desde el mes de septiembre de 1983 cotizó sus aportes a pensión en el entonces Instituto de Seguros Sociales,

hoy, COLPENSIONES. Que desde el mes de noviembre de 2000, sin su consentimiento, el empleador de ese entonces la afilió a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 23 y 48 de la Constitución Política de Colombia, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005; artículos 13 y ss del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Ley 1437 de 2011; artículos 47, 60 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, artículo 11 del Decreto 1889 de 1994; artículo 15 Decreto 656 de 1994; Sentencia SL- 1689 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que le brindó una asesoría profesional y completa, en la que dieron información clara, veraz y provista de elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión consciente, tal como lo dispone el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de falta de competencia, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria demostrándose de esa manera que, la AFP Porvenir S.A, no constriñó en su decisión ni obligó a trasladarse del régimen de prima media con prestación definida, de este modo su afiliación es completamente válida. Propuso entre otras las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de mayo de 2022, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora LUZ STELLA BUSTAMANTE BELLO identificada con C.C No. 51.787.172 del régimen de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A el 24 de octubre de 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora LUZ STELLA BUSTAMANTE BELLO al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ STELLA BUSTAMANTE BELLO tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone en el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora LUZ STELLA BUSTAMANTE BELLO al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una.

SÈPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia radicado 3383 de 2011, radicado 46292 de 2014, SL 17595 de 2017, SL 1452 de 2019, entre otras, en lo que a información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es su obligación suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso la de ante poner los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar a un afiliado, pues el hecho de firmar un formulario de afiliación no implica per se que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada, en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo, lo cual no prueba que la información se haya brindado luego son dichas

entidades que tienen la carga de la prueba en demostrar que suministraron la información en los términos suministrados en la jurisprudencia en comento.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación al considerar que para el momento en que la señora demandante se afilió con Porvenir la normatividad que estaba vigente en ese momento no exigía a las AFP guardar la constancia de la información que se le brindaba a la potencial afiliada sino que únicamente exigía la entrega del formulario de afiliación, solo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, Decreto 2071 de 2015, Ley 1748 de 2014 que las AFP adquirieron el deber legal de brindar esta clase de asesoría y de guardar la información que se brindaba en ese momento. Adicionalmente, la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado de regímenes pensionales toda vez que le faltan menos de 10 años para el cumplimiento de la edad de pensión y en este sentido no era beneficiaria de la ineficacia de la afiliación. Finalmente considera que respecto a la devolución de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, gastos de administración, resulta desproporcionada teniendo en cuenta que estos conceptos son descontados del aporte del afiliado en cumplimiento de un deber legal el cual está establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación frente a la condena en costas en razón a la buena fe con la cual ha actuado Colpensiones, la buena fe y la labor misional de esta entidad surge de la estricta aplicación de la constitución, la Ley y el precedente jurisprudencial que le permite conceder o negar los traslados de régimen observando las prohibiciones legales que para esto ha establecido el legislador, razón ésta por la cual la Administradora no pudo acceder al traslado de régimen presentado por la demandante, lo anterior en virtud del artículo 365 del Código General del Proceso igualmente aplicable al procedimiento laboral atendiendo al artículo 145 del Código Procesal del Trabajo.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de

asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte actora, señaló que en el año 2000 se vinculó a la Superintendencia de Industria y Comercio y un asesor se comunicó con ella vía telefónica para ofrecerle los servicios de Porvenir S.A, una vez organizaron la reunión el asesor le preguntó que con quién estaba afiliada en ese momento ella le indicó que estaba con el Seguro Social, el asesor le dijo que el Seguro Social tenía muchos problemas económicos y era probable que lo liquidaran, que de pronto no tenía los dineros para pagar su pensión sugiriéndole que era mejor que se trasladara al fondo de Porvenir S.A donde estaría más segura su pensión y podría pensionarse antes.

Así las cosas, de los medios probatorios arrimados al plenario no se observa documento alguno que demuestre que el fondo de pensiones suministro a la posible afiliada las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de mayo de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR OSCAR GUILLERMO MICAN GIRALDO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., Y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 017 2019 00231 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Protección S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de abril de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que dentro del proceso obran medios de pruebas documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor

del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

La parte demandante, solicitó se nieguen los argumentos esbozados por los recurrentes y en consecuencia confirmar la sentencia de primera instancia, al considerar que existe un deber de información por parte de las AFP al momento de realizar el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, así como también no existe un consentimiento informado con la suscripción del formulario.

I. ANTECEDENTES

El señor Oscar Guillermo Mican, pretende se declare la ineficacia de traslado que realizó a las AFP Protección y Colfondos S.A y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP Protección devolver todos los aportes pensionales realizados a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 15 de agosto de 1962; que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 23 de mayo de 1994, que en octubre de 2000 se trasladó a Colfondos S.A y posteriormente en el año 2015 se trasladó a Protección S.A., sin que los asesores de dichos fondos le suministraran la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, los artículos 1603 y 1740 del Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados N°31314 de 2008, 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la parte actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la Administradora Privada, por lo que no es procedente la declaratoria de nulidad. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está ante un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de vinculación que suscribió el actor, el cual se realizó de forma libre y espontanea, solemnizándose de dicha forma su afiliación. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, genérica, inexistencia de la obligación.

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación del RAIS por parte del actor se presentó en virtud de su derecho a la libre escogencias de fondo de pensiones y siendo su decisión el RAIS. Propuesto las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de abril de 2022, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, improcedencia de condena en costas a Colpensiones, error de derecho no vicia el consentimiento, y aprovechamiento indebido de recursos públicos, propuestas por las demandadas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado del señor OSCAR GUILLERMO MICÁN GIRALDO identificado con la C.C. 79.155.000, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, administrado en su momento por Colfondos S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que el demandante, señor MICÁN GIRALDO se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación nuevamente sin solución de continuidad, según las consideraciones señaladas.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A., como actual administradora en el régimen de ahorro individual del demandante, trasladar a Colpensiones todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual del demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, ordenando además devolver los gastos de administración que en su momento descontó, los cuales deberán ser asumidos por ella de su propio patrimonio.

QUINTO: CONDENAR también a Colfondos S.A., a devolver gastos de administración que en su momento descontó, los cuales deberán asumidos también de su propio patrimonio.

SEXTO: ORDENAR a Colpensiones recibir el traslado de fondos que efectúen las demandadas Colfondos S.A., y Protección S.A., y convalidarlos en la historia laboral del demandante, para los efectos de semanas cotizadas a que haya lugar en ese régimen pensional.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme la presente providencia, por Secretaría se practique la liquidación, incluyendo agencias en derecho por valor de \$900.000 M/Cte., a cargo de cada. Se aclara que, si bien en las consideraciones se mencionó otro valor, se precisa que corresponde a \$900.000, a cargo de cada una. NOVENO: SE DISPONE la CONSULTA de esta sentencia favor de Colpensiones.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia que ha manifestado que las AFP deben obtener el consentimiento informado, ya que dicho procedimiento garantiza que antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio el usuario comprenda las condiciones riesgos y consecuencias de su afiliación, por lo que el formulario de afiliación resulta insuficiente para tener por demostrado que se cumplió en debida forma con ese deber de información, el cual ha sido reseñado por el legislador desde la Ley 100 de 1993 y posteriormente a través del Decreto 663 de 1993, norma por la cual se consagro el estatuto orgánico del sistema financiero colombiano.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PROTECCION S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia de primera instancia en lo concerniente a la condena impuesta a la AFP de trasladar los dineros de gastos de administración a Colpensiones, toda vez que Protección no fue el fondo primigenio, en virtud de que el actor se trasladó en el año 2015 años, además de ello precisó que dicha condena se está constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, toda vez que recibe dineros que no están destinados a financiar la pensión de vejez de la parte demandante; emolumentos que están autorizados en la Ley 100 de 1993 para ambos regímenes pensionales en los cuales opera el fenómeno de la prescripción.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, al considerar que bajo la figura de la ineficacia y no la nulidad se evidencia que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que sugieran su inconformidad de pertenecer al fondo privado y en consecuencia a la fecha se encuentra vencida, que no denota que las alegadas falencias, engaño, falta de información sean contrarias al fenómeno jurídico de la ratificación que

perfecciona el acto jurídico ineficaz de conformidad con el artículo 898 del Código de Comercio y la Sentencia SL- 413 de 2018.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y

realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 21 de octubre de 2015.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, no suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las

administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017, SI 4989-2018 y SI 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de abril de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

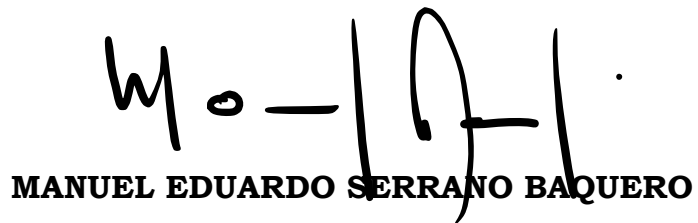
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

**APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL
PROMOVIDO POR MARÍA MELIDA ROZO CAPERA contra
COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO DESARROLLO Y
GESTIÓN TECNOLÓGICA -ADETEK-, ANGELCOM S.A., EMPRESA DE
TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. -TRANSMILENIO- y como
Llamada en Garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 018 2015 00600 -02

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede resolver los recursos de apelación presentados por las y el apoderado de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de marzo de 2020.

Se advierte que las apoderadas recurrentes presentaron escritos de alegaciones: Por la Cooperativa de Trabajo Asociado su apoderado dijo reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia de primera instancia al manifestar que se acreditó la existencia del convenio de asociación con la demandante.

La apoderada de Angelcom S.A., igualmente solicitó revocar la sentencia y para ello solicito tener en cuenta que el contrato de prestación de servicios cooperativos para el recaudo del sistema integrado de Transmilenio, es un acuerdo de voluntades que cuenta con validez y no fue tachado por la demandante, sin que con ella hubiera tenido esta sociedad ningún vínculo jurídico.

La mandataria judicial de Transmilenio S.A., pidió revocar la sentencia al haberse efectuado una inadecuada valoración de las pruebas que obran en el expediente lo que condujo a que en la sentencia se hicieran conclusiones que no corresponden con la realidad, como la que expuso frente a la función y objeto social de esta empresa, resaltando las restricciones que tiene frente a la prestación del servicio de transporte.

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que fuera declarada la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la Cooperativa de Trabajo Asociado por el tiempo comprendido entre el 1° de agosto de 2002 y el 4 de junio de 2015 y al ser enviada de manera unipersonal a trabajar para las otras empresas demandadas se declare la solidaridad frente a las obligaciones laborales que se reclaman por concepto de cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. y la sanción moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Como fundamentos fácticos sostuvo que el 1° de agosto de 2002 fue vinculada por la Cooperativa de Trabajo Asociado para laborar en la empresa cliente Angelcom S.A., la que a su vez la envió a trabajar a Transmilenio S.A., empresa que para esa fecha no cobraba directamente el valor del pasaje a los usuarios, sino que lo hacía a través de Angelcom S.A.; sostiene que en esa vinculación la Cooperativa actuó con intermediación laboral como si se tratara de una empresa de servicios

temporales. Manifiesta que el servicio siempre lo prestó en estaciones de Transmilenio, por lo cual fue simulado un convenio asociativo, el cual terminó sin justa causa el 4 de junio de 2015.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A., dio contestación mediante escrito incorporado a folios 59 a 85, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda, al manifestar que la demandante nunca ha sido parte de la planta de personal de la empresa y relacionó los aspectos inherentes al contrato de concesión para el recaudo en el sistema Transmilenio con ANGELCOM S.A. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la relación laboral con la demandante, el objeto social de Transmilenio S.A. no contempla el recaudo de tiquetes, inexistencia de vínculo con ADETECK CTA., falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones, buena fe, inexistencia de reclamación administrativa, indebida integración del contradictorio, prescripción y la genérica.

ANGELCOM S.A., contestó la demanda como consta en el memorial que obra a folios 137 a 147, fundamentó su oposición en que la demandante no laboró para esa sociedad, sino que estuvo vinculada con la Cooperativa de Trabajo Asociado Adetek, con la cual tuvo un convenio asociativo por lo cual argumentó que no era posible derivar ninguna obligación en su contra. Propuso las excepciones de inepta demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de intermediación, inexistencia de la obligación, inexistencia de causa para demandar, mala fe de la demandante, buena fe de la demandada, compensación, cumplimiento de los estatutos de ley por parte de la Cooperativa demandada y la genérica.

La COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO, DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA ADETEK, estuvo representada por Curador Ad Litem, quien dio contestación a la demanda. (fls. 183-184) Posteriormente compareció esa entidad Cooperativa al proceso mediante apoderado y con

el escrito que obra a folios 325 y 326 allegó la documental que obra a folios 327 a 579 que corresponde a la vinculación de la demandante con esa Cooperativa.

SEGUROS DEL ESTADO S.A. contestó el llamamiento en garantía con el escrito que obra a folios 598 a 617, en el que se refirió a la cobertura de la póliza y su imposibilidad de afectación en este caso.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de marzo de 2020, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLÁRASE que entre la señora MARÍA MELIDA ROZO CAPERA en calidad de trabajadora y las sociedades ANGELCOM S.A. y TRANSMILENIO S.A. y solidariamente ADETEK, existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde 1º de agosto de 202 hasta el 31 de junio de 2015. SEGUNDO: DECLARAR que la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA ADETEK, es un mero intermediario entre las sociedades ANGELCOM S.A. y TRANSMILENIO S.A., en consecuencia, responderá de forma solidaria de las condenas que aquí se deprequen, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a TRANSMILENIO S.A. y de forma solidaria a ANGELCOM S.A. y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA ADETEK a pagar a la señora MARÍA MELIDA ROZO CAPERA las siguientes sumas de dinero:

- a) \$5'945.560 por concepto de cesantías.*
- b) \$181.146 por concepto de intereses a las cesantías.*
- c) \$1'804.986 por concepto de prima de servicios*
- d) \$21.586 diarios por indemnización moratoria, desde la fecha de terminación del contrato, esto es desde el 3 de junio de 2015 hasta el 2 de junio de 2017, corriendo a partir de esta fecha los intereses moratorios.*
- e) \$4.960.180 por indemnización por despido sin justa causa.*
- f) \$21'266.280 por sanción por no consignación de cesantías.*

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones erogadas por la parte actora, en atención a lo expuesto en la presente decisión.

QUINTO: ABSOLVER a la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A. de las pretensiones erogadas en su contra por TRANSMILENIO S.A. en atención a lo expuesto en la presente decisión.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada, señálense como agencias en derecho la suma de \$800.000 valor que deberá ser cancelado por cada una de las demandadas a favor de la demandante. Sin costas para SEGUROS DEL ESTADO S.A.S.

SEPTIMO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción.

OCTAVO: Contra la presente decisión solo procede el recurso de apelación.”

Como fundamento de la decisión, el juez de primera instancia considero que la actividad realizada por la demandante era una actividad misional de la Empresa Transmilenio S.A. y que existía prohibición legal expresa para contratarla con cooperativas de trabajo asociado como lo estableció el Decreto 2025 de 2011 en su artículo 2do. A partir de este enunciado el juez desestimo las pruebas documentales aportadas que daban cuenta de la existencia del vínculo asociativo de la demandante, desde la afiliación a la CTA, el pago de las compensaciones, la afiliación al sistema de seguridad social, las actuaciones disciplinarias de las que fue objeto, los llamados de atención y los actos de desvinculación. (folios 327 al 517).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

TRANSMILENIO S.A., interpuso mediante su apoderada recurso de apelación para que se revoque la sentencia, a manifestar que el a quo confunde la actividad del Sistema Transmilenio con la empresa en sí misma considerada que es la gestora, la cual establece los parámetros para que realice la gestión de transporte de pasajeros estableciendo las rutas y demás aspectos para su funcionamiento, por lo cual argumenta que se hizo una inadecuada valoración probatoria respecto del objeto social de esta demandada el cual dice que se circunscribe al transporte público masivo de pasajeros en el Distrito Capital, pero para la actividad de la operación del Sistema está prevista la contratación con diferentes empresas y es por ello que Transmilenio S.A. está facultada para contratar con diferentes empresas la ejecución de esas actividades, sostiene que por esa razón la empresa no puede desarrollar la actividad del recaudo de pasajes al ser atribuida a ANGELCOM S.A. Señaló que en el juicio no se acreditaron los elementos de una relación laboral al no quedar determinada la subordinación en que se aduce prestó sus servicios la demandante, quien tuvo fue un contrato asociativo con la Cooperativa demandada y el Juzgado no tuvo en cuenta los documentos aportados por esa entidad Cooperativa que así lo demuestran.

ANGELCOM S.A., dijo recurrir todos los numerales de la parte resolutive de la sentencia, teniendo en cuenta “todos los argumentos esgrimidos en la apelación por parte de la apoderada de Transmilenio, en el sentido de que hubo buena fe entre Angelcom y Transmilenio al contratar la labor, como fue la contratación de la concesión de todo el sistema de recaudo de Transmilenio, la cual se hizo bajo los parámetros legales, reitero tal y como lo manifestó la apoderada de Transmilenio y mi representada tiene el objeto social de la prestación de servicios de tecnología y si bien es cierto que Transmilenio tiene toda la operación del sistema de recaudo eso no quiere decir que el recaudo como tal sea la actividad misional de mi representada, por eso no se puede condenar a Transmilenio por un contrato realidad.”

El apoderado de ADETEK solicitó igualmente revocar la sentencia, al manifestar su desacuerdo frente a las conclusiones del Juzgado al desconocer que las Cooperativas de Trabajo Asociado pueden ejercer actividades como la que se presenta en este caso, en la medida en que el artículo 2 del Decreto 2025 de 2011 salió del ordenamiento legal, y que la actividad que asumió la cooperativa es lícita, siempre y cuando no se vulneren los derechos de los asociados, como en este caso en el que se le reconoció su compensación ordinaria y extraordinaria que fue superior al salario mínimo legal y le fueron otorgadas las compensaciones semestrales, sin que de los documentos aportados por mi representada se pueda establecer lo señalado por el Juzgado en cuanto a que hubo intermediación laboral, porque Angelcom no le pagó ninguna suma. Señala que la buena fe está acreditada con el actuar de la Cooperativa y por ello no se le puede condenar al pago de la sanción moratoria.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del C.P.T y S.S, la Sala estudiará si la Cooperativa de Trabajo Asociado ADETEK, desfiguró el convenio asociativo que celebró con la demandante y se

convirtió en mera intermediaria, mientras las demandadas ejercieron como verdaderos empleadores.

Para el efecto, el soporte legal de la decisión del juez fue el contenido en el artículo 2 del Decreto 2025 de 2011 que reglamento el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, el cual como efectivamente los señalo uno de los recurrentes, salió del ordenamiento legal por la declaratoria de nulidad que prohiriera el Consejo de Estado.

El texto original del Decreto 2025 de 2011 era el siguiente:

ARTÍCULO 2. A partir de la entrada en vigencia del artículo [63](#) de la Ley 1429 de 2010, las instituciones o empresas públicas y/o privadas no podrán contratar procesos o actividades misionales permanentes con Cooperativas o Precooperativas de Trabajo Asociado.

El Consejo de Estado declaro nula la norma reglamentaria en pronunciamiento de la Sección Segunda, Expediente No. 11001-03-25-000-2011-00390-00(1482-11) de 19 de febrero de 2018, expresando lo siguiente:

'Es decir, que la prohibición de contratación de las cooperativas de trabajo asociado para actividades o proceso misionales permanentes (en instituciones o empresas públicas y/o privadas), se limita, conforme lo precisa el primer inciso del artículo [63](#) de la Ley 1429 de 2010, a actividades de intermediación laboral o bajo otra modalidad que afecte los derechos laborales vigentes.

Sin embargo, estima la Sala que la prohibición total de contratación, contenida en el artículo [2](#) del Decreto 2025 de 2011, sí afecta la actividad lícita o la libertad de contratación de los asociados a la pre cooperativas y cooperativas de trabajo asociado dentro de sus posibilidades legales, pues lo que protege el artículo [63](#) de la Ley 1429 de 2010 es que no se incurra en la utilización de ese mecanismo cooperativo para disfrazar la intermediación laboral y, con ello, se vulneren los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

En armonía con lo anterior, el artículo [13](#) del Decreto 4588 de 2006 establece las condiciones para contratar con terceros, en el sentido de que «[...] Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado podrán contratar con terceros la producción de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios siempre que respondan a la ejecución de un proceso total en favor de otras cooperativas o de terceros en general, cuyo propósito final sea un resultado específico. Los procesos también podrán contratarse en forma parcial o por subprocesos, correspondientes a las diferentes etapas de la cadena productiva, siempre atados al resultado final», lo que indica que sí es posible contratar^ pero no bajo la figura de la intermediación.

Así las cosas, estima la Sala que la prohibición de contratación contenida en el artículo 2.º del Decreto 2025 de 2011, es fruto del ejercicio indebido y

excesivo de la facultad reglamentaria contenida en el numeral 11 del artículo [189](#) de la Constitución Política, por lo que se anulará dicho precepto para que sea excluido del ordenamiento jurídico.'.

Al margen de la desaparición de la razón legal para decidir, que se constituye en argumento suficiente para recoger cualquier tesis en contrario que en el pasado hubiese podido aceptarse sobre este particular; en el presente asunto hay una absoluta ausencia de carga de prueba de la parte demandante tendiente a acreditar que efectivamente la cooperativa que la vinculo desfiguro el convenio celebrado con esta y endoso la subordinación laboral en favor de terceros, lo cual ameritaría la aplicación del precedente jurisprudencial que efectivamente reprocha estas conductas y convierte a las cooperativas en simples intermediarios y a los beneficiarios del servicio en verdaderos empleadores.

De la prueba recaudada se registra lo siguiente:

A los autos fue incorporado en fotocopia el “COVENIO COOPERATIVO DE GESTIÓN DE ADMINISTRACIÓN ENTRE ANGELCOM S.A. y ADETEK CTA”, (fl. 148 a 155), en el que se determina el proceso comercial referente a las actividades se van a desarrollar *“por el servicio de apoyo administrativo y operativo de sus actividades de conformidad con el convenio que el CONTRATANTE tiene actualmente vigente con TRANSMILENIO, así como las demás actividades propias de la misión del CONTRATANTE.”* “El MANDANTE faculta al MANDATARIO para ejecutar y prestar sus servicios de apoyo logístico, administrativos y operativos en las actividades de operación de recaudo de los dineros producto de las ventas del servicio público de transporte en las troncales en concesión a FASE I y ANGELCOM S.A.”; así mismo se tiene que entre TRANSMILENIO S.A. y ANGELCOM S.A. se suscribió contrato en el que se dispuso: “Otorgar en concesión al CONSESIONARIO la explotación económica del recaudo del Sistema Transmilenio por el concepto de ventas del servicio de transporte de pasajeros..” (fl. 71)

Se aportaron comprobantes de pago de compensaciones efectuados por la Cooperativa demandada por el tiempo comprendido entre el 1º de

agosto de 2002 y el 3 de junio de 2015; así como las liquidaciones del convenio de asociación, las autorizaciones y pagos correspondientes a descanso anual, las autorizaciones de traslado “*al cargo de AUXILAR DE TAQUILLA*” para las diferentes estaciones de Transmilenio en que la demandante realizó las labores de recaudo, las evaluaciones de desempeño que le fueron efectuadas a la actora, llamados de atención por haber presentado retardos en minutos para la llegada al puesto de trabajo y se le indica que debe estar en la respectiva taquilla de la estación asignada con 15 minutos de antelación a su apertura, apertura de investigación disciplinaria por ese motivo con la manifestación de la demandante de haber llegado 4 minutos tarde porque los buses alimentadores estaba retrasados, certificación expedida por la Gerente de la Cooperativa en la que se indica que la demandante laboró mediante convenio de asociación entre el 1º de agosto de 2002 y el 3 de junio de 2015, desempeñando como último cargo el de Auxiliar de Taquilla y al momento de su retiro percibía una compensación ordinaria mensual de \$647.000, carta de terminación del vínculo asociativo con fundamento en la finalización del contrato de prestación de servicios con Angelcom S.A., liquidación definitiva por retiro, orden de examen médico de egreso (fls. 327 a 579)

La demandante absolvió interrogatorio de parte, en el que afirmó la forma en que prestó sus servicios como “Taquillera” en las estaciones de Transmilenio, señaló las presuntas condiciones de subordinación que tuvo frente al personal de esa empresa y que firmó los documentos correspondientes a la vinculación como asociada de la Cooperativa porque esa fue la condición que se le impuso para acceder a una remuneración.

Los representantes legales de las demandadas, igualmente absolvieron sendos interrogatorios de parte en los que efectuaron las mismas manifestaciones contenidas en sus respectivos escritos de contestación.

Las partes no solicitaron prueba testimonial.

A la ausencia de prueba para desvirtuar el convenio cooperativo, le precede la inadecuada formulación de la pretensión de la demandante,

que solicita la declaratoria de contrato de trabajo, pero respecto de la cooperativa ADETEK, tal como lo consigno el juez durante la audiencia prevista por el artículo 77 del C.P.L., lo que de suyo afecta el éxito de las pretensiones y explica la ausencia de prueba, sin que pueda desestimarse la documental aportada que si demuestra la existencia del convenio cooperativo y sin que pueda aceptarse como equivocadamente se hizo, que la declaración de la demandante constituye confesión a su favor para dar por acreditado los hechos, que constituyen supuestos facticos de sus pretensiones.

Por las razones expuestas se revocará la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta Laboral de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de marzo de 2020, de conformidad con lo expuesto en las motivaciones.

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

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO.

El Magistrado sustanciador fija como agencias a cargo de la demandante el valor de \$ 200.000.00 (doscientos mil pesos)



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por YADHIRA MARIA
MAGDALENA ALMANZA MANRIQUE contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
PENSIONES PROTECCIÓN S.A. y SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 018 2017 00583 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil
veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior
del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso
de apelación presentado por la parte actora respecto de la

sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de diciembre de 2018.

En esta instancia se recibieron los alegatos presentados por los apoderados de Porvenir S.A. y Colpensiones, quienes presentaron sus argumentaciones en que debía confirmarse la decisión.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se declarara la nulidad del traslado que realizó al RAIS a través de la afiliación realizada con Protección S.A. y por tanto que se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por Colpensiones, así mismo, que Porvenir S.A., siendo la actual administradora en que se encuentra afiliada realice la devolución de los aportes efectuados en el RAIS a favor del RPM, en consecuencia, se condene a Colpensiones a recibir en calidad de afiliada a la demandante y a Porvenir S.A. a devolver la totalidad de los aportes a Colpensiones, finalmente solicitó el pago de los derechos que resultaran ultra y extra petita y al pago de las costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones mencionó que nació el 12 de septiembre de 1957, que empezó a cotizar al sistema al Instituto de Seguros Sociales, desde principios de 1984, cotizando en dicho instituto hasta febrero de 1996,| que en el año de 1996 la AFP INH hoy Protección S.A., la persuadió para que se vinculará a dicho régimen pensional indicándole

que el ISS se acabaría, no obstante, no le informó las implicaciones de trasladarse a dicho régimen pensional, ni como se proyectaría su pensión, así como los beneficios e inconvenientes y efectos del mismo.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 2, 13, 25, 48, 53, 58 y 335 de la constitución política, los artículos 1, 4, 13, 59 y 272 de la ley 100 de 1993, también citó la ley 57 de 1887, los Decretos 656 de 1994, 692 de 1994, 720 de 1994 y trajo a colación la Sentencia de la CSJ Radicado 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda cómo se observa folios 107 al 122, en dónde se opuso a todas y cada una de las pretensiones refiriendo que no sé probó causal alguna relacionada con que la afiliación a Porvenir fuera nula cómo se manifestaba, teniendo en cuenta que la misma cumplía con todos los presupuestos legales para su existencia y no infringía la norma, por lo cual no procedía la declaratoria de nulidad, de manera que no podía haber un regreso automático de la demandante al RPM, ni envío de los aportes, así como tampoco debía haber reconocimiento de pensión de vejez a su cargo. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia del pago de costas en instituciones

administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

A su vez, Protección S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 177 a 184, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, señalando que el traslado correspondió a un negocio jurídico válido y eficaz puesto que se entregó la información objetiva a la demandante sobre el RAIS y su comparación el RPM, tomando la decisión libre, voluntaria e informada, sin que mediara ningún engaño u ofrecimiento falso, ni vicio del consentimiento alguno. Propuso las excepciones de mérito que denominó: validez de la afiliación al RAIS con Colmena hoy Protección, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

Finalmente, Porvenir S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 141 a 1148, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, como quiera que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, y que por tanto, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación, no fue caprichosa, sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de diciembre de 2018, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y A ÑA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS POREVENIR S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda por la señora YADHIRA MARIA MAGDALENA ALMANZA MANRIQUE de conformidad con lo expuesto a lo largo de la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada las excepciones de INEXISTENCIA DEL DERECHO PARA REGRESAR AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES E INEXISTENCIA DE VICIO DEL CONSENTIMIENTO POR ERROR DE DERECHO, relevándose el Despacho del estudio de los demás medios exceptivos, dado el resultado de la litis.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, señálense como agencias en derecho la suma de \$150.000 a favor de cada una de las entidades demandadas.

CUARTO: Contra la presente providencia procede el recurso de apelación, en caso de que la sentencia no se impugne, remítase ante el Superior a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de Consulta.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la vinculación efectuada ante la demandada cumple con los requisitos establecidos en los artículos 1495 y 1502 del Código Civil, atendiendo a que la demandante al momento de firmar el formulario correspondiente era una persona mayor de edad y no se acredita que hubiese existido fuerza o dolo por parte de la demandada; indicó, que tampoco puede decirse que el RAIS sea un sistema nefasto y que si bien cuenta con desventajas también tiene sus ventajas; precisó que la demandante no contaba con la edad y las semanas exigidas para conservar el régimen de transición por lo que

tampoco no hay lugar a invalidar el traslado efectuado por tal motivo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora, solicitó que se revocara la decisión en su totalidad y en su lugar se accediera a la totalidad de las pretensiones solicitadas, puesto que se daba por probado sin estarlo, que la asesoría fue completa, clara y suficiente, solicitando además ponderar los testimonios recaudados ya que los deponentes estuvieron presentes en la firma del formulario y corroboran la falta de información de las ventajas y desventajas del régimen, concluyendo por tanto que Porvenir incumplió su deber legal de información, manifiesta que la doctrina ha dado la connotación de las normas indeterminadas pero determinadas que se sujetan a fuentes externas, que incluso las cifras del Dane, ni siquiera son comprendidas por un abogado sino que requieren de un actuario, y concluye señalando que no es cierto que desde el año 2014 se exigiera la proyección y doble asesoría, ya que a la demandante le fue entregada una proyección errada, con la que se demostraría la equivocada asesoría pero sin que cuente con esta.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las

razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su

inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las

operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», **es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.”

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Precisado lo anterior y toda vez que el reparo del recurrente se centra en lo atinente a que con el fallo se indicó que la demandante había recibido la información completa sobre el régimen de ahorro individual, siendo que del dicho de la demandante y los deponentes traídos a juicio se desprendía que había recibido información sesgada y parcial, sin que se le informara la realidad de las características del mismo, ni las consecuencias negativas de este, ni las diferencias entre los regímenes pensionales, se procede a analizar si en el presente asunto se cumplió con el deber de información suficiente para la escogencia del régimen pensional.

Descendiendo en el análisis, se advierte que reposan en el expediente la solicitud de traslado de régimen radicada por la demandante ante Colmena el 13 de marzo de 1996 (fl.

186) y la solicitud de traslado de AFP radicada ante Porvenir el 10 de marzo de 1997 (fl. 150-151), apreciándose que en esta última se registra en uno de los acápites denominados voluntad del afiliado lo siguiente: *“HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE, PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, BONOS PENSIONALES Y LAS IMPLICACIONES DE MI DECISIÓN. ASÍ MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARÓ QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.”*

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que la anterior declaración se efectuó cuando la demandante ya se había cambiado de régimen pensional, pues lo que estaba realizado era un cambio de administradora dentro del mismo régimen, por lo que resulta extraña su estipulación en dicho formulario, en todo caso, la afirmación señalada es demasiado abstracta e imprecisa pues indica que fue asesorada sobre todos los aspectos del régimen pensional y la implicaciones de su decisión, no obstante, no se puntualiza cuáles son estos, tan solo atina a indicar que se suministró asesoría especialmente respecto al régimen de transición y los bonos pensionales, por lo que de ello no es factible colegir que se hubiese suministrado una información suficiente, clara y oportuna a la demandante.

Lo anterior, tampoco es posible acreditarlo de lo expuesto por la señora Yadhira María Magdalena Almanza Manrique, en el interrogatorio de parte vertido a solicitud de las demandadas, pues en este, indicó que no recibió asesoría o información alguna, que simplemente firmo el formulario, ya que ello ocurrió en la empresa junto con todos sus compañeros, haciendo la fila para ir pasando a firmar, precisó que lo único indicado era que el ISS se acabaría por lo que debían cambiar de Fondo. Versión por demás ratificada de sus compañeras de trabajo, las deponentes, Luz Stella Pérez Angarita y Yenny Malpica Gómez.

Así las cosas, se tiene que pese a que obra el formulario de traslado de régimen realizado a la AFP Protección S.A. y de traslado posterior a la AFP Porvenir S.A., estos no resultan suficientes, por las razones ya señaladas y atendiendo especialmente lo dispuesto en los precedentes jurisprudenciales citados, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto, pues ello tampoco era posible colegirlo del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, pues se reitera en este la actora solo dio cuenta que la información suministrada consistió en los aspectos positivos que generaba la afiliación y/o traslado a la administradora del RAIS, sin que se advirtiera como lo mencionó el a quo, que en el interrogatorio la demandante hubiese reconocido que recibió la información debida, que le dieron el formulario y ella lo firmó, no puede perderse de vista que la información que relata la demandante, no conduce a concluir que la administradora, suministró a la posible afiliada una mínima

información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En ese orden de ideas, no es posible colegir que la pasiva suministró a la demandante toda la información sobre las implicaciones del cambio del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, por lo que resulta consecuente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la actora inicialmente a Protección S.A. el 13 de marzo de 1996 y posteriormente a Porvenir S.A. el 10 de marzo de 1997.

Ahora bien, una vez declarada la ineficacia de tal afiliación, es preciso determinar las consecuencias de ello, consistentes en que el Fondo Privado demandado debe devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; además, deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, de conformidad con lo previsto por el artículo 963 de la misma normatividad civil.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017 y SL4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta en los escritos de contestación, se debe indicar que el fenómeno prescriptivo no se ha producido en la presente litis por cuanto los temas relacionados con los derechos pensionales no prescriben conforme a reiterada jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, así como de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia. Aunado a lo anterior, la afiliación al ser el acto jurídico a través del cual una persona ingresa al Sistema General de Pensiones, o cambia de régimen pensional, lleva a que los afiliados acepten en ese momento los derechos y las obligaciones que el mismo sistema le impone para tener derecho a las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, por ende la declaratoria de ineficacia no puede estar sujeta a las reglas de la prescripción, pues la validez de la afiliación puede afectar de manera ostensible la pensión de vejez del afiliado y

por ello se puede revisar judicialmente en cualquier momento para evitar un perjuicio irremediable; así mismo, con fundamento en las anteriores consideraciones y por las mismas resultas del proceso, no hay lugar al estudio de las demás excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

Las anteriores consideraciones, resultan suficientes para acceder a las pretensiones de la demanda relacionadas con la ineficacia del traslado, en consecuencia, se revocará la decisión absolutoria proferida por el fallador de primera instancia.

Costas en las dos instancias a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de diciembre de 2018, para en su lugar DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación de la demandante **YADHIRA MARIA MAGDALENA ALMANZA MANRIQUE**, realizada a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a partir del 13 de marzo de 1996 y a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a partir del 10 de

marzo de 1997. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales que la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar su historia laboral.

CUARTO: COSTAS, en las dos instancias a cargo de las demandadas.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000 y en primera instancia la suma de \$1.000.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARLOS MARIO VELASQUEZ RODRIGUEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES SKANDIA Y/O OLDMUTUAL S.A.

RADICADO: 110013105 021 2021 00009 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Porvenir S.A, Skandia S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de abril de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, argumenta que al momento de la solicitud del retorno al RPM, 03/04/2018 la demandante contaba con 54 años pues nació el 14 de marzo de 1964, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha 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. Dentro del

expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), ahora bien se está frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y Porvenir por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

PORVENIR S.A., argumenta que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

MAPFRE, solicita mantener inalterable la decisión tomada por el *a quo* en cuanto en el fallo que se impugna se absolvió a la aseguradora como llamada en garantía. Con relación a los argumentos en los que sustentó la alzada la AFP Skandia., éstos no tienen alcance para contrastar y demeritar tanto los argumentos del Juzgado como de las excepciones propuestas y desarrolladas al descorrer el traslado del llamamiento.

I. ANTECEDENTES

El señor Carlos Mario Velásquez Rodríguez, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., Skandia S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a las AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que desde el 11 de octubre de 1989 empezó a cotizar en el Instituto de Seguro Social hoy Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES. Estando afiliado al régimen de prima media con prestación definida, se trasladó a Porvenir S.A. perteneciente al régimen de ahorro individual con solidaridad, el primero de

octubre de 1999. Fue vinculado al fondo de pensiones Skandia S.A y/o OLD MUTUAL en julio de 2001.

Como fundamento normativo, citó los artículos 20, 48, 78 de la Constitución Política; el literal b) del artículo 13, artículo 60 literal c), artículo 64, artículo 97 de la Ley 199 de 1993; sentencia T-116 de 1993; sentencias SL radicado No. 2014-51, SL radicado No. 31989 de 2008, SL radicado No. 31314 de 2008, SL radicado 33803 de 2011, SL No. 46292 de 2014, SL radicado No. 2013-804 de 2015; artículos 1232 y 1243 del Código de Comercio; Decreto 1049 de 2006; artículo 23 de la Ley 795 de 2003; artículo 11 de la Ley 1328 de 2009.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP (s) o de que se esté 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 una inconformidad por parte del demandante. Propuso entre otras las excepciones 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, procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen pensional del demandante fue completamente válido. Conclusión a la que se aría, en atención a que, no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo. Por lo que, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS. Propuso entre otras las

excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no es posible declarar que el demandante se encuentre válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, cuando lo cierto es que su afiliación con Skandia S.A se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, proporcionándole al demandante toda la información para que la misma tomara la decisión consiente de afiliarse. Propuso entre otras las excepciones de Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe, genérica.

MAPFRE, dio contestación a la demanda, mediante la cual, de manera genérica se opuso a las pretensiones aducidas en la demanda. Manifestó que el demandante carece de uno de los presupuestos materiales para acceder a una sentencia de fondo favorable, ya que no tiene el derecho, pues, contrastando los hechos de la demanda con los requisitos de validez y eficacia de los actos jurídicos bilaterales, tal cual se exponen en el artículo 1502 del Código Civil, la afiliación del demandante al RAIS fue, en el marco de la autonomía de la voluntad, un acto libre, espontáneo, debidamente comprendido tanto en todos sus elementos como en su alcance y consecuencias, exento de vicio alguno en el consentimiento. Propuso entre otras las excepciones del acto jurídico de afiliación al RAIS, y el de su posterior traslado a otra AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad” sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad materia o de invalidación del acto jurídico de afiliación del demandante a “Skandia

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A”, prescripción de la acción de nulidad, legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional, reconocimiento oficioso de excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de abril de 2022, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional, efectuado por el señor CARLOS MARIO VELASQUEZ RODRIGUEZ al régimen de ahorro individual el 30 de agosto de 1999, con fecha de efectividad a partir del 01 octubre de 1999, por intermedio de PORVENIR S.A, quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante –aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, 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 pago por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recurso y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor CARLOS MARIO VELASQUEZ RODRIGUEZ. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por el señor CARLOS MARIO VELASQUEZ RODRIGUEZ por motivo gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR, SKANDIA, COLPENSIONES y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, esto frente a la demanda principal, conforme a lo motivado.

SEXTO: ABSOLVER al llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

SÉPTIMO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A relacionadas en la parte motiva.

OCTAVO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PORVENIR S.A y a favor del demandante, Liquidense por Secretaria, incluyendo como agencias en derecho a la suma de \$1.700.000.

Sin costas en contra de COLPENSIONES, SKANDIA S.A. frente a la llamante en garantía.

NOVENO: COSTAS a cargo de SKANDIA en virtud del llamamiento en garantía efectuado a favor MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. Liquidense por Secretaria, como agencias en derecho la suma de \$500.000

DÉCIMO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional se generó con la voluntad del afiliado se requiere que el Fondo haya administrado una información completa, clara, oportuna sobre las condiciones específicas, ventajas y desventajas de cada régimen y que dicha información debe ser probada por los Fondos, esto de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información, de lo anterior señaló que hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación al considerar que si bien es cierto la existencia de un precedente jurisprudencial bastante amplio del deber de información debe decirse que la misma Corporación ha indicado que se deben analizar particularidades de cada uno de los afiliados que se pretende declare ineficaz su traslado de régimen pensional, considera su representada que en el caso objeto de estudio el traslado de régimen pensional efectuado en 1999 goza de plena validez como quiera que se dio cumplimiento al lleno de esos requisitos legales tanto en materia formal como en materia de información vigentes para el año de 1999, no estaba en cabeza de Porvenir S.A entregar una información adicional a la cual se le entregó al señor demandante de manera verbal a través de esos funcionarios -asesores comerciales- de la AFP Porvenir S.A, si bien es cierto la existencia del deber de información desde la misma creación de las AFP Porvenir capacitó a sus asesores en procura

que ilustraran a los potenciales afiliados a esas características necesarias, claras y suficientes del régimen de ahorro individual para que se trasladaran de manera libre y voluntaria a este régimen pensional y a esta administradora; es claro que el señor demandante recibe información por uno de estos asesores, suscribe un formulario de vinculación, que si bien es una forma preimpresa de la misma, se encontraba autorizada por la Superintendencia Bancaria de ese entonces y es un acto libre y voluntario. Ahora bien, hoy en día Porvenir S.A no posee suma alguna propiedad del demandante, todas estas sumas han sido trasladadas a la AFP Skandia S.A en su debido momento, y en consecuencia se está condenando a unos gastos de administración y sumas por seguros previsional que Porvenir S.A por razones lógicas ya no posee y en consecuencia se está afectando su patrimonio.

La apoderada de SKANDIA S.A., interpuso recurso de apelación parcial frente a los gastos de administración esto conforme al artículo 7 del Decreto 3925 del año 2008, que señala de manera específica, concreta y taxativa cuáles son aquellos emolumentos o conceptos que deben trasladarse del RAIS al Régimen de Prima Media, en dicha norma se indica que sólo deben trasladarse los aportes destinados en la cuenta individual y el fondo de garantía de pensión mínima, nada indica la norma que deban trasladarse lo referente a los gastos de administración; en este orden de ideas, la norma guarda una relación directa y armónica con las disposiciones consagradas en la Ley 100 de 1993 dado que parte de ese porcentaje, destinado a los gastos de administración, están destinados y pagados a la respectiva aseguradora para sufragar las posibles contingencias de invalidez y muerte, por ende Skandia S.A no cuenta con dichas sumas dado que fueron trasladadas a la aseguradora respectiva. Respecto a la devolución de los rendimientos el artículo 964 del Código Civil señala que el poseedor de buena fe no está obligado a restituir los frutos percibidos.

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en el sentido que su representada es damnificada dentro de estos procesos pues el demandante se encuentra dentro de una prohibición ya que está a menos de 10 años de pensionarse y no ha contribuido dentro del sistema, al ser los fondos de Colpensiones del erario público y ser común, permitir que una

persona que ya está o cercana a cumplir los requisitos para pensionarse genera una descapitalización del sistema pensional.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A, el 30 de agosto de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte actora, señaló que en agosto de 1999 estaba en su oficina en la Federación Nacional de Cafeteros como Ingeniero de mantenimiento y un representante de Porvenir S.A se

presentó para diligenciar los documentos de afiliación, no sólo de él sino de los demás compañeros. No recuerda qué le dijo el representante de Porvenir S.A, lo cierto es que sus compañeros le recomendaron hacerlo por cuanto en esa época se sabía que el Seguro Social se iba a acabar.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de abril de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ANDREA ISABEL NOGUERA PAEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS OLD MUTUAL S.A.

RADICADO: 110013105 027 2019 00723 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de mayo de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A, argumenta que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de la causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con Porvenir S.A es eficaz.

COLPENSIONES, argumenta que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento

consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), ahora bien no encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la DEMANDANTE y la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

La parte demandante, argumenta que en el presente caso la demandante siempre aseguró y tuvo claro, que NUNCA se le proporcionó una información clara, suficiente y transparente sobre los riesgos e implicaciones del traslado de régimen pensional, y de su interrogatorio de parte no existen hechos sobre los cuales se hubiese declarado confesa que acreditaran lo contrario.

I. ANTECEDENTES

La señora Andrea Isabel Noguera Páez, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., Skandia S.A y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a las AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que empezó a laborar el día 29 de agosto de 1990, al servicio de la Secretaria de Salud de la Gobernación del Amazonas, tal y como obra en el Certificado de información laboral de fecha 12 de agosto de 2019, efectuando cotizaciones a Cajanal. Que entre el 29 de julio de 1993 y el 30 de junio de 1999 laboró para diferentes empleadores, efectuando cotizaciones al ISS hoy Colpensiones. Que según formulario de vinculación expedido por la AFP-Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., la afiliación se llevó a cabo el día 29 de junio de 1999, finalmente suscribió formulario de vinculación con la AFP –Skandia S.A. hoy OLD MUTUAL S.A., el día 11 de diciembre de 2013.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 13, 53 de la Constitución Política; literal b del artículo 13, 36 y 271 de la Ley 100 de 1993; numeral 1 del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Decreto 663 de 1993; artículo 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y artículo 1603 del C.C.; artículo 2 de la Ley 797 de 2003; sentencias SL radicado No. 33083 de 2011, SL radicado No. 46292 de 2014, SL radicado No. 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación que se realizó goza de plena validez ante la ley, por tanto se puede afirmar que el traslado de AFP realizado por Andrea Isabel Noguera 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. La demandante al momento de afiliarse con la AFP Skandia S.A venía de estar afiliada 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 tornaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por la demandante. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la parte demandante con Horizonte fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación – 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 se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones 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.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de mayo de 2022, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora ANDREA ISABEL NOGUERA PÁEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES CESANTÍAS PORVENIR S.A. y los posteriores traslados efectuados entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ANDREA ISABEL NOGUERA PÁEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente de la señora ANDREA ISABEL NOGUERA PÁEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la sociedad OLD MUTUAL PENSIONES Y cesantías S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por la parte demandada.

QUINTO: CONDENAR a la demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. al pago de las costas del proceso, como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000. “

Como fundamento de su decisión, que acoge el criterio jurisprudencial dispuesto y reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencias SL 1688 DE 2019, SL 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, por medio de las cuales la Corte ha definido de manera expresa que las sanciones impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad del traslado, lo cual fundamento en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 13 del Código Sustantivo del trabajo y el artículo 53 de la Constitución Política, por lo que no es necesario probar la existencia de un vicio en el consentimiento, aunado a ello señaló respecto de la carga probatoria en este tipo de procesos se ha manifestado que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se traslado al RAIS esto equivale a un supuesto negativo que no puede acreditarse por quien lo invoca por lo que se debe invertir la carga probatoria a los fondos de pensiones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación al considerar que al revisar los formularios de afiliación de traslados firmados por la demandante, suscritos bajo la gravedad de juramento, en los mismos se encontró manifestación expresa que los hizo libre de apremio y por su propia voluntad, las afiliaciones se realizaron con el lleno de los requisitos legales razón por la cual no es procedente ordenar el regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales

citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso,

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A, el 23 de noviembre de 2006.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte actora, señaló que mientras trabajaba con el Instituto Materno Infantil en el año 1999, una noche que estaba de turno una jefe dijo que los habían cambiado del ISS a Horizonte S.A, días después entró a la oficina de la administradora y preguntó el porqué del cambio y le dijo que era una decisión administrativa. Manifiesta que ningún asesor de Horizonte S.A le brindó información.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 3 de mayo de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-10-11' with a period at the end. The signature is stylized and somewhat abstract.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JAIME GONZÁLEZ POSADA contra FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

RADICADO: 11001 3105 027 2017 00240 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de agosto de 2021.

En esta instancia no se presentaron alegatos por ninguna de las partes.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió que se declarara que el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA es la entidad obligada al pago de la pensión causada por el demandante por el tiempo laborado ante la extinta empresa, así como que se le reconociera y pagará la pensión de vejez convencional indexada, con efectividad a partir de la fecha del disfrute efectivo, esto es, a partir del 20 de julio de 2015, sin perjuicio de que se le descuenta lo que se ha venido cancelando por concepto de pensión de jubilación legal que ha venido disfrutando, ello, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa; en consecuencia, se reconozca y pague las diferencias pensionales causadas desde la fecha de causación del derecho.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que laboró para la demandada por 18 años y 15 días como trabajador oficial, que renunció a su cargo para optar por la pensión de jubilación especial proporcional prevista en los artículos 7 y 3 de los Decretos 895 y 1651 de 1991; que la demandada reconoció la citada pensión mediante Resolución No. 0416 del 7 de mayo de 1993, teniendo en cuenta como último salario promedio de liquidación la suma de \$199.326,79, aplicando una tasa de remplazo del 62%; que el 20 de julio de 2015, cumplió 60 años de edad, por lo que la demandada mediante Resolución No. 2066 del 31 de agosto de 2005 le reconoció la pensión plena de jubilación en un monto de \$1.072.765 con

efectividad a partir del 20 de julio de 2005, con una tasa de remplazo del 75% del último salario promedio de liquidación; y por último, que en la convención colectiva de trabajo de 1978 celebrada con el sindicato de base de la empresa, se estableció que la pensión de vejez, se deberá liquidar la la mesada pensional con una tasa de remplazo del 80%.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 2, 3, 4, 9, 13, 16, 18, 231 y 467 del C.S.T., artículo 2 de la Ley 6 de 1945, artículos 30 al 36, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, artículo 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965, artículo 3 de la Ley 48 de 1968, artículo 7 del Decreto 895 de 1991, artículo 3 del Decreto 1651 de 1991; así como la Ley 100 de 1993 y la Convención Colectiva de Trabajo de 1978.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, dio contestación a la demanda (fl. 34-37), en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones como quiera que su representada había reconoció al demandante la pensión de jubilación conforme a la ley aplicable y teniendo en cuenta el fallo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá; agrego que además al momento de realizar la liquidación de la prestación económica se tuvo en cuenta la totalidad de factores salariales y o eventualidades pertinentes exigidas y consagradas en las normas de carácter legal o convencional que regulaban dicho reconocimiento, es decir, sobre el valor inicial de la pensión la

entidad efectuó la totalidad de los reajustes de carácter legal ordenados por el gobierno en concordancia con las prerrogativas y derechos de orden normativo consagrado por las diferentes convenciones colectivas de trabajo suscritas durante la existencia jurídica de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, por lo que la mesada que el demandante recibía se encontraba totalmente ajustada a derecho.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de agosto de 2021, el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARA PROBADA la excepción propuesta por la demandada denominada “Falta de causa y título para demandar”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SE NIEGAN las pretensiones del demandante, conforme lo anotado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte actora como se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la actora, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y S.S. de no ser apelada esta decisión.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que no procedía el reconocimiento y pago de la pensión de vejez convencional, establecida en el artículo 11, ya que esta favorecía tan solo a los trabajadores activos, es decir, para aquellos que al cumplimiento de los requisitos se encontraran con contrato de trabajo vigente, puesto que de haber tenido extensión a los ex trabajadores esta debía quedar plasmada de forma clara, expresa e inequívoca, ello, conforme lo ha

dicho la Corte en múltiples sentencias; así mismo, indicó que no quedo demostrado dentro del asunto, que el actor fuere beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo, ya que no se encontró que estuviese afiliado al Sindicato o que el Sindicato hubiere sido mayoritario y así cobijara a todos los trabajadores.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante, fundamentó su recurso en dos ejes, el primero de ellos, asegurando que no es cierto que su mandante no sea beneficiario de la pensión de vejez convencional por ser ex trabajador de la empresa, pues indicó que la Corte de justicia en las sentencias 350565, 44537 y 45278 fue unánime al advertir que los efectos jurídicos de las normas que se refieran a derechos pensionales, extienden su efecto jurídico en el tiempo, ya que la edad no es un requisito de causación sino de exigibilidad, y que por lo tanto, de la definición del artículo 11 de la Convención se consagró el derecho pensional para todos aquellos trabajadores que tuviesen 15 años de servicios y no lo hizo con la mentalidad de que solamente este derecho fuera a los trabajadores que cumpliesen la edad y la antigüedad al momento de estar vigente la relación laboral.

Como segundo, indica que la afirmación de que el demandante no demostró que hubiese sido beneficiario de las convenciones colectivas, por su calidad de sindicalizado, carece de sustento jurídico, en virtud de que en la hoja de vida y del expediente administrativo, se logró demostrar todos

y cada uno de los beneficios recibidos desde su fecha de ingreso hasta su fecha de retiro y todos los pagos extra legales durante su relación laboral, lo cual denota de manera incontestable de que esta en presencia de un beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo, ya que sin la existencia de convenciones colectivas de trabajo que amparen un pago extra legal este no podría tener su causación o estructuración.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable el reconocimiento y pago de la pensión de vejez convencional indexada, a partir del 20 de julio de 2015, fecha en que cumplió los 60 años de edad, atendiendo el principio de condición más beneficiosa, ya que con esta ascendió la tasa de reemplazo al 80% en comparación con la tasa de reemplazo en que se viene reconociendo la mesada de la pensión de jubilación del 75%.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) que el demandante laboró para la demandada del 11 de marzo de 1973 al 13 de junio de 1991, esto es, 18 años y 15 días (fl.13-15); ii) que al demandante le fue reconocida pensión mensual vitalicia de jubilación de carácter especial por la demandada a partir de la fecha de su retiro atendiendo lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto Ley 895 de 1991 (esto es con una tasa de reemplazo del 62%), tal y como se advierte en la Resolución

No. 0276 del 20 de mayo de 1991 (fl. 16-18); iii) que posteriormente la demandada mediante Resolución No. 0416 del 17 de mayo de 1993, modificó la cuantía de la mesada pensional a partir del 14 de junio de 1991 con los incrementos anuales respectivos (fl. 19-20), y iv) que mediante Resolución No. 2066 del 31 de agosto de 2005 se modificó la resolución No. 0276 de 1991, en el sentido de reconocer la pensión plena de jubilación en un monto del 75% por valor de \$1.072.765,44 a partir del 20 de julio de 2005, fecha en que cumplió con el requisito de los 50 años de edad (fl. 21-22).

Así las cosas, el primer aspecto que debe entrar a dilucidar la Sala, en razón del recurso promovido por la parte demandante es la condición de beneficiario de las normas convencionales del demandante, para una vez determinada esa situación establecer si hay lugar a acoger los pedimentos de la demanda.

Resulta necesario hacer remisión a la normatividad que regula la materia, que es el artículo 470 del Código sustantivo de Trabajo, subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965 que en su artículo 37 frente a la aplicación de la convención establece: *“Las convenciones colectivas entre patronos y sindicatos cuyo número de afiliados no exceda de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, solamente son aplicables a los miembros del sindicato que las hayan celebrado, y a quienes adhieran a ellas o ingresen posteriormente al sindicato.”*

A su vez el artículo 471 del referido Estatuto igualmente subrogado por el artículo 38 del citado Decreto respecto a la

extensión a terceros señala: *“1. Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados. 2. Lo dispuesto en este artículo se aplica también cuando el número de afiliados al sindicato llegare a exceder del límite indicado, con posterioridad a la firma de la convención”*

Al caso, se debe precisar, y conforme lo indicó la falladora de primera instancia, que brilla por su ausencia la afiliación del demandante a la organización sindical “Sintrafer”, pues carece certificación de tal sindicato que así lo acredite, tampoco existe desprendible de nómina con los descuentos correspondientes; de igual forma, no obra documento del cual se logre determinar la representación del Sindicato, esto es, el número de afiliados y trabajadores de la empresa a efectos de establecer si este excedía o no de la tercera parte del total de los trabajadores y dar aplicación al artículo 38 del previamente mencionado Decreto.

Sin embargo, a tenor del art. 6° de la convención colectiva de trabajo de 1991, la cual fue aportada con la respectiva constancia de depósito (fl.124-126), y estaba vigente para el momento del retiro del demandante (14 de junio de 1991), pues se prorroga, a través de las convenciones colectivas que fueron suscritas con posterioridad al Acuerdo de 1978, así: Convención, para los periodos 1 de enero de 1980 hasta 31 de diciembre de 1981 – Art. 27°, Convención de 1981 del 1 de enero de 1981 hasta 31 de diciembre de 1982 – Art. 9°, Convención de 1983 del 1 de enero de 1983 hasta 31 de diciembre de 1984 - Art 9°, Convención de 1985 del 1 de

enero de 1985 hasta 31 de diciembre de 1986 – Art. 11°, Convención de 1987 del 1 de enero de 1987 hasta 31 de diciembre de 1988 – Art. 13°, Convención de 1989 del 1 de enero de 1989 hasta 31 de diciembre de 1990 – Art. 11°, se consigna que son beneficiarios de las Convenciones Colectivas de Trabajo, todos los trabajadores de la Empresa, pues al respecto, frente a las garantías convencionales, estableció: “*La Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia en Liquidación, **garantiza la aplicación de las normas contenidas en la legislación especial vigente para sus trabajadores**, las consignadas en el llamado Código o Reglamento General de Trabajo de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia en Liquidación, aprobado por Resolución No. 11762 de Agosto 3 de mil novecientos cuarenta y seis (1.946) y las establecidas en las Convenciones Colectivas de Trabajo, Actas, Acuerdos, Laudos Arbitrales, Pactos Vigentes, tanto a nivel nacional como Regional, garantizando la vigencia de estas disposiciones y documentos mientras no se modifiquen expresa y bilateralmente. Así mismo, lo pactado con el Sindicato Ferroviario de Antioquía y el extinto Sindicato de Trabajadores del Ferrocarril del Atlántico, Empresas Contratistas y Subcontratistas “SINTRAFERRAT.”*”

En ese orden, se advierte que el actor resulta ser beneficiario del pacto colectivo celebrado entre la entidad accionada y Sintraferroviarios, por lo que se procede a resolver el siguiente punto de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante.

Del examen conjunto e integral de cada uno de los medios probatorios que se incorporaron al proceso, en perspectiva de dirimir el conflicto jurídico que aquí se ha suscitado concluye la Sala que ninguna objeción le merece la decisión absoluta

impartida por la Juez de primer grado, pues los razonamientos consignados en la parte motiva, se ajustan en un todo al ordenamiento jurídico existente y a la realidad procesal.

En efecto, el artículo 11 del Acuerdo Convencional de 1978, articulado que pretende el actor le sea aplicado, el cual señala:

“PENSIÓN DE VEJEZ. - Los trabajadores que hayan prestado el servicio por un lapso no inferior a quince (15) años continuos o discontinuos a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a Entidades de Derecho Público y tengan la máxima edad de sesenta (60) años, tendrán derecho a la pensión especial de jubilación por vejez, en cuantía directamente proporcional al tiempo servido, respecto a lo que habría correspondido en caso de reunir los requisitos necesarios para la pensión plena de jubilación.

Este punto cubre al personal vinculado en la actualidad con contrato individual de trabajo, entendiéndose que, si el tiempo prestado es exclusivamente a Ferrocarriles, la proporcionalidad es al 80% y si el servicio es con varias entidades, al 75%.”

De la revisión de la norma, lo primero que se advierte es que la pensión de vejez convencional es aplicable para los trabajadores vinculados con contrato individual de trabajo que prestaran el servicio por un lapso no inferior a quince (15) años continuos o discontinuos a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia y a Entidades de Derecho Público y tengan la máxima edad de sesenta (60) años.

Frente al tema, la Corte Suprema de Justicia, específicamente Sentencia SL 270 de 2022, radicado No. 85079, expresó:

“De acuerdo con lo transcrito, Ferrocarriles Nacionales de Colombia y el Sindicato Único Nacional de Trabajadores Ferroviarios – Sinatrafer, acordaron que cuando los trabajadores prestaran 15 años de servicios continuos o discontinuos a dicha empresa o a entidades de derecho público, y arribaran a la «máxima edad» de 60 años, les reconocería la

pensión especial de jubilación por vejez, la cual se liquidaría en cuantía directamente proporcional al tiempo prestado «respecto a lo que habría correspondido en caso de reunir los requisitos necesarios para la pensión plena de jubilación».

De la literalidad del contenido del artículo en comento, y de lo señalado en el art. 467 del CST, se desprende que para obtener el reconocimiento y pago de la prestación extralegal, se necesita que al momento de darse el cumplimiento de los requisitos allí previstos, se tenga la calidad de trabajador en los términos señalados en la norma convencional.

En este caso, impone ceñirse al texto que contiene el derecho pensional, del que no es posible colegir que la prestación pueda ser reconocida a favor de los ex trabajadores, que cumplieron 60 años de edad después de que el contrato de trabajo o vínculo con Ferrocarriles Nacionales de Colombia hubiera terminado, menos pensionados como lo es el recurrente, dado que no se pactó expresamente que las condiciones laborales tuvieran una vigencia más allá de la duración del contrato de trabajo, al no disponerse de manera expresa, clara y manifiesta, así lo ha indicado esta Corporación entre otras sentencias en la CSJ SL2478-2017.

En ese orden, del texto convencional en referencia se reitera que quienes suscribieron el instrumento convencional de 1978, no establecieron que uno de los requisitos para obtener la pensión de jubilación, podía cumplirse en época posterior a la terminación del vínculo laboral, ni es posible suplir el silencio de los intervinientes por lo estatuido por la ley. En consecuencia, si el accionante trabajó hasta el 31 de enero de 1988, no consolidó el derecho que por esta causa pretendió, por cuanto los 60 años de edad, los cumplió el 10 de febrero de 2008, por haber nacido el mismo día y mes de 1948.

En sentencia CSJ SL609-2017, en relación con la extensión de beneficios convencionales a ex trabajadores, la Corte precisó:

[...] cuando las partes no estipulen expresamente que la prestación pensional de origen convencional puede ser causada con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, la única lectura posible de la cláusula, de conformidad con el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, es que el derecho procede siempre y cuando se reúnan los requisitos en este caso, de edad y tiempo de servicios, mientras esté en vigor el vínculo laboral, y en ese punto se precisa la doctrina de la Corporación sobre el tema.

En este orden, la razón no acompaña al recurrente al aducir que la edad es un requisito de exigibilidad, que no de causación, ya que, en relación con las pensiones extralegales, tal circunstancia dependerá de lo que las partes, como ya se dijo, en ejercicio del derecho de negociación colectiva y la autonomía de contratación, hayan acordado. A riesgo de fatigar, no se puede colegir razonablemente que la cláusula que fundamenta el derecho reclamado, haya previsto que la edad constituyera un requisito de mera exigibilidad. Téngase en cuenta que, por regla general, deben satisfacerse ambos requisitos para el nacimiento del derecho.

En lo que tiene que ver con el principio de favorabilidad previsto por el art. 53 de la CN y condición más beneficiosa, sabido es que no operan ante la apreciación probatoria que hagan los jueces; además de que no es cualquier reproche valorativo el que da lugar a la aplicación de la favorabilidad, sino aquel originado a partir de dos o más interpretaciones fundamentadas, tal como se indicó en la sentencia CSJ SL18110-2016, cuando al efecto se dijo:

Por último, es de anotar que el sentido atribuido por el Tribunal a esas disposiciones convencionales no desconoce el principio de favorabilidad en la interpretación de las fuentes formales del derecho –artículo 53 Constitución Política-, ya que este postulado parte del supuesto de la existencia de dos o más interpretaciones sólidas contrapuestas. Significa esto que no es cualquier colisión interpretativa la que da lugar a aplicar la favorabilidad, sino aquella originada a partir de dos o más interpretaciones firmes y bien fundamentadas o estructuradas.”

En este orden de ideas, aun cuando está plenamente acreditado dentro del informativo, el tiempo de servicio prestado por el actor en virtud del vínculo que lo unió con la entidad enjuiciada, así como el cumplimiento de la edad de sesenta años, resulta claro también que su desvinculación de la entidad empleadora se produjo cuando aún no reunía ese requisito de edad y lo vino a cumplir cuando ya no era trabajador y se encontraba disfrutando de la pensión de jubilación que le reconoció la demandada; por ello, se debe considerar que la cláusula convencional citada como fundamento de la pretensión se aplica única y exclusivamente a los trabajadores activos y beneficiarios de las misma, más no a quienes se encuentran por fuera de la entidad, pues al perderse la calidad de trabajador para adquirir ésta última condición de pensionado, por obvias razones dejan de causarse los derechos que como trabajador activo venía percibiendo y que le permitía causar el derecho en vigencia de la vinculación laboral, como claramente lo determina la norma convencional al disponer la habilitación de edad en razón al tiempo de servicio.

Se concluye lo anterior, en virtud de lo dispuesto por el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, al señalar que la convención colectiva de trabajo se aplica a los contratos de

trabajo vigentes y no respecto de aquellos que ya fenecieron, como se da en el caso presente, y como lo ha sostenido en forma reitera la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias, entre otras la CSJ SL1021-2020; CSJ SL1535-2020; CSJ SL3063-2020; CSJ SL2257-2021 y CSJ SL2289-2021.

Además de lo anterior, es un hecho cierto, pues así se confiesa en los fundamentos fácticos de la demanda, que el actor ya disfruta de una pensión otorgada por la Empresa demandada, lo cual se corrobora con la documental obrante a folios 21 a 22 del plenario, correspondiente a la Resolución No. 2066 del 31 de agosto de 2005, por medio de la cual la entidad enjuiciada le reconoció la pensión plena de jubilación al actor, situación que reitera lo sostenido en cuanto a que la sentencia absolutoria de primera instancia deberá confirmarse en todas sus partes.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá

D.C., de fecha 18 de agosto de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSÉ PROCOPIO
CARABALI MORENO contra FONDO DE PASIVO SOCIAL DE
FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

RADICADO: 11001 3105 027 2019 00131 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de junio de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por el apoderado de la parte demandante, quien indicó que no se realizó un análisis centrado de las pruebas, específicamente del formato p-20 donde se condesa la antigüedad y el último salario devengado por el actor a efectos de efectuar la indexación de la primera mesada pensional con el aumento del 75% en la pensión de jubilación, señaló que conforme con la jurisprudencia de la Corte Constitucional se rememora la posibilidad de disponer de la indexación de la primera mesada de la pensión de jubilación términos universales.

Por su parte, la apoderada de la parte demandada, señaló que no procede lo pretendido en la demanda, toda vez que la extinta FNC ordenó y pagó al demandante inicialmente una pensión especial y al cumplimiento de los requisitos una pensión plena de jubilación, incluyéndole todos y cada uno de los factores salariales correspondientes, si haber ocurrido pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Preciso, que la indexación de la primera mesada se produce, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que, con ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento según sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección A del 07 de marzo de 2013, Magistrado Ponente Luis Rafael Vergara Quintero, y como se observa en el presente caso la pensión especial como la plena fueron otorgadas de inmediato sin que sufriera pérdida de poder

adquisitivo, ya que no transcurrió un tiempo sin que este disfrutara de dicho beneficio.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió que se declarara que el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA es la entidad obligada al pago de la pensión causada por el demandante por el tiempo laborado ante la extinta empresa, así como que se le reconociera y pagará la indexación de la pensión plena de jubilación con efectividad a partir de la fecha del disfrute efectivo, esto es, a partir del 29 de mayo de 1991, los respectivos reajustes anuales y cada una de las diferencias pensionales causadas como consecuencia de la indexación o actualización de la pensión desde la fecha de causación del derecho hasta que se incluyera nómina de pensionados el nuevo valor pensional.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que sostuvo con la entidad demandada una relación laboral, en calidad de trabajador oficial, desde el 9 de junio de 1975 hasta el 29 de mayo de 1991, para un tiempo en total de 15 años, 9 meses y 18 días, teniendo como último salario promedio la suma de \$167.244,77; señaló que con radicado No. 2016-220-003959-2 del 16 de febrero de 2016, reclamo ante la demandada la indexación de la primera mesada pensional; que la citada solicitud fue negada con Oficio – AG 136 y AG 137; indicó que es beneficiario del régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993 y por tanto tiene derecho a que su pensión se liquide con base en las normas jurídicas anteriores.

Como fundamento normativo, citó el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, artículo 8 de la Ley 153 de 1987, artículo 11 de la Ley 6 de 1945, artículos 4, 19, 467 y 468 del Código Sustantivo del Trabajo, Decreto 692 de 1994, artículos 13, 29, 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia, así como, las sentencias expedidas por la Corte Suprema de Justicia conocidas dentro de los expedientes No. 2971, 30604, 33503 y 304089.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, dio contestación a la demanda (fl. 35-38), en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones como quiera que su representada había ordenado el pago a favor del demandante de la pensión plena de jubilación de carácter especial efectiva a partir del retiro del servicio a la empresa, es decir, que entre el momento del retiro y el disfrute efectivo de la pensión no medio ningún lapso de tiempo durante el cual el salario de la liquidación hubiere sufrido alguna desactualización o devaluación monetaria, encontrándose debidamente re-liquidada, indexada e incluidos todos los factores salariales a que había lugar.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de junio de 2021, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER de las pretensiones de la demanda formulada por el Señor **JOSE PROCOPIO CARABALI MORIANO** en contra del **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, conforme lo expuesto en la parte emotiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante en la suma de \$700.000 como agencias en derecho.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que no procedía la indexación reclamada en la demanda, considerando que entre la desvinculación del accionante en mayo 29 de 1991 (fl.15) y la fecha de efectividad de la pensión especial de jubilación en la misma fecha antes citada mediante Resolución No. 2200 de 1991 y la Resolución No. 3189 de 1996 (fls. 8 a 9 y 10 a 11) no se evidenciaba una pérdida de poder adquisitivo, pues no transcurrió un tiempo entre los extremos antes citados que permitiera predicar la pérdida adquisitiva de la moneda, que para el caso particular correspondía a la pensión especial que reconoció la entidad accionada por resolución No. Resolución No. 2200 de 1991.

En ese sentido, aclaró que para la definición de la figura de la indexación no correspondía considerar la fecha efectividad de la pensión plena de jubilación que se reconoció por Resolución No. 3189 de 1996 al momento de arribar el accionante a la edad de 50 años el 2 de julio de 1996, porque la elevación del monto de la pensión del 56% al 75% por cumplimiento de la edad en mención, conforme lo determinaba el artículo 7 del Decreto ley 895 de 1991, no permitía predicar la existencia de una pensión de jubilación nueva, diferente e independiente, por lo que ante la presencia de una misma pensión de jubilación que inicio el 29 de mayo

de 1991, no se puede aplicar la indexación de la primera mesada pensional por razón de la inmediatez de su reconocimiento seguida del retiro.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante, indicó que si le asiste el reconocimiento y pago de las prestaciones o los dineros dejados de cancelar por el valor de los últimos 6 meses devengados y mantener el poder adquisitivo de dichas mesadas pensionales, el ser una obligación que se le confiere al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles, en actualizar esa base salarial de la liquidación con el fin de calcular esa última o esa primera mesada pensional, teniendo en cuenta la sentencia No. 477009 de la Honorable Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral donde dice la sala concluye *“que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual que existen fundamentos normativos válidos y suficientes para disponer un remedio como la indexación a pensiones causadas con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política del 91”*.

Así mismo, señaló que la Juez de instancia, no tuvo en cuenta el principio a la igualdad reclamado en el artículo 56 de la Constitución y los apartes pertinentes que habla el artículo 8 de la Ley 153 de 1987, el artículo 11 de la Ley de 1945 y las sentencias 36600 de 2007, 312200 de 2007, 29170 de 2008 y otras, que le son favorables a las pretensiones de la demanda.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable la indexación de la mesada de la pensión de jubilación que le fue otorgada al demandante a partir del 2 de julio de 1996, fecha en que cumplió los 50 años de edad y se aumentó la tasa de reemplazo en que se venía reconociendo al 75%.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) que al demandante le fue reconocida pensión mensual vitalicia de jubilación por la demandada a partir del 29 de mayo de 1991 atendiendo lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto Ley 895 de 1991 (esto es con una tasa de reemplazo del 56%), tal y como se advierte en la Resolución No. 2200 del 29 de agosto de 1991 (fl. 8-9); ii) que posteriormente la demandada mediante Resolución No. 3189 de octubre de 1996 se modificó la Resolución No. 2200 de 1991, en el sentido de reconocer la pensión plena de jubilación en un monto del 75% por valor de \$364.799,72 a partir del 2 de julio de 1996 fecha en que cumplió con el requisito de los 50 años de edad (fl. 10-11).

Precisado lo anterior, y como quiera que la pensión de jubilación recocida por la demanda, es la establecida en el artículo 7 del Decreto 895 de 1991, modificada por el artículo 3 del Decreto 1651 de 1991, se acudirá a la norma con la modificación introducida a efectos de evidenciar lo que la misma contempla:

“ARTÍCULO 7o. <Modificado por el Artículo 3 del Decreto 1651 de 1991>:
Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia del presente Decreto o

durante el término de liquidación de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia tuvieran quince (15) o más años de servicio en la Empresa, tendrán derecho sin consideración a su edad, a Pensión de Jubilación proporcional correspondiente al tiempo de servicio, así:

a) Quince (15) años de servicio, cincuenta y seis por ciento (56%) del salario promedio.

b) Dieciséis (16) años de servicio, cincuenta y ocho por ciento (58%) del salario promedio.

c) Diecisiete (17) años de servicio, sesenta por ciento (60%) del salario promedio.

d) Dieciocho (18) años de servicio, sesenta y dos por ciento (62%) del salario promedio.

e) Diecinueve (19) años de servicio, sesenta y cuatro por ciento (64%) del salario promedio.

f) Veinte (20) años de servicio, sesenta y seis por ciento (66%) del salario promedio.

g) Veintiún (21) años de servicio, sesenta y ocho por ciento (68%) del salario promedio.

h) Veintidós (22) años de servicio, setenta por ciento (70%) del salario promedio.

i) Veintitrés (23) años de servicio, setenta y dos por ciento (72%) del salario promedio.

j) Veinticuatro (24) años de servicio, setenta y cuatro por ciento (74%) del salario promedio.

k) A partir de veinticinco (25) años de servicio, setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio.

El empleado que se pensione acogiendo a este régimen tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis (6) meses de servicio, con los reajustes anuales pertinentes al cumplir cincuenta (50) años de edad los hombres y las mujeres.

PARÁGRAFO. *Igualmente tendrán derecho a las pensiones establecidas en el presente artículo, los empleados oficiales que hubieren prestado quince (15) años o más de servicios continuos o discontinuos en el sector oficial, diez de los cuales por lo menos en la Empresa, proyectados hasta el 17 de julio 1992, y que tengan una edad superior a cuarenta y cinco (45) años."*

De la revisión de la norma, lo primero que se advierte es que el porcentaje de la tasa de reemplazo en que se reconocía la pensión atendiendo los años de servicio prestados, para 15 años de servicio se determinó el 56%, evidenciándose que en todo caso este último fue el porcentaje en que se reconoció inicialmente la pensión al demandante pues así se reconoció

en la misma demanda y se señaló en la Resolución No. 2200 de 1991 expedida por la demandada.

Sumando a lo anterior, de la norma transcrita no se evidencia que se trate de pensiones diferentes sino de una misma prestación económica que se concedía inicialmente aplicando al salario promedio una tasa de reemplazo equivalente al porcentaje establecido en la ley para un determinado tiempo de servicios prestado por el trabajador (pensión proporcional de jubilación), porcentaje que luego ascendería al 75% cuando se llegara a los 50 años de edad, teniendo en cuenta para ello el salario promedio devengado en los últimos 6 meses de servicio (pensión plena de jubilación).

Nótese que con la expedición del Decreto 895 de 1991, se introdujeron modificaciones en el régimen de pensiones e indemnizaciones para la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia ante la supresión de cargos y/o terminación de los contratos que debía realizarse con ocasión de la liquidación, de donde se colige que el personal que tuviera menos de 15 años de servicios prestados recibiría una suerte de indemnizaciones y/o bonificaciones, pero para los que tenían 15 años o más de servicios prestados se procedería con el reconocimiento de la pensión proporcional de jubilación en los términos indicados hasta que se tuviere derecho a la pensión plena de jubilación contemplada en la norma, en la medida que estos trabajadores contaban con una expectativa pensional.

En ese orden de ideas y teniendo claro que se trata de una misma prestación, lo cual incluso puede colegirse del mismo acto de reconocimiento inicial de la pensión a saber de la Resolución No. 2200 de 1991, en donde se ordenó pagar a favor del demandante una pensión vitalicia de jubilación, se tiene que la solicitud de indexación de la pensión plena de jubilación que el recurrente reclama, esto es, de la mesada a la que se aplicó como tasa de reemplazo el 75% cuando cumplió los 50 años de edad, resultaba improcedente por cuanto al tratarse de una misma pensión no podría equipararse dicha mesada como el reconocimiento inicial de la prestación, en esa medida, y toda vez que no transcurrió un tiempo sustancial entre el momento que el demandante se retiró de la empresa 28 de mayo de 1991 (fl. 29) y el momento en que se efectuó el reconocimiento de la pensión 29 de agosto de 1991 (a partir del 29 de mayo de 1991), no resulta procedente la misma, máxime que en el presente asunto no se cuestiona que para el momento en que se aplicó la tasa de reemplazo del 75% el monto de la pensión que se le venía reconociendo no estuviera ajustado, razón por la cual se procederá a confirmar la sentencia del a quo.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 24 de junio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY

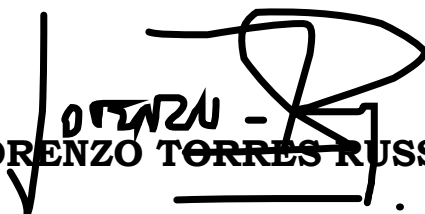

MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la

liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUCIA ESTER MORON TIRADO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**

RADICADO: 110013105 028 2020 00236 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Protección S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de abril de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, argumenta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima Media

administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al Régimen de Ahorro Individual.

La parte demandante, argumenta que no se encontraron acreditados los parámetros de información para que se entendiera como valido el traslado efectuado al régimen de ahorro individual puesto que la demandada – Protección S.A., no allegó medio probatorio que acreditara el supuesto de hecho que les permitiera exonerarse de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

I. ANTECEDENTES

La señora Lucia Ester Moron Tirado, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que desde el mes de marzo del año 1997 se trasladó del Régimen de Prima Media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual Administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que para dicha fecha en la cual se dio la visita de los promotores del fondo privado y la firma del formulario de vinculación, el área comercial de Protección S.A no contaba con personal experto ni profesional en el conocimiento o formación en pensiones o en régimen de pensiones.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 13, 53 de la Constitución Política; literal B del artículo 13, artículo 36, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; numeral 1 del Artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; Artículo 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y Artículo 1603 del C.C.; Circular Externa 001 de 2004 de la entonces Superintendencia Bancaria; Artículo 2 y 23 de la Ley 797 de 2003; Decreto 3800 de 2003; Circular Externa 001 de 2004, y demás normas concordantes y complementarias.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se evidencia que se proyecta esta acción con el fin de tener beneficios económicos, así mismo, se encuentra que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual e igualmente allí cambió de AFP lo que significa que existe una ratificación tácita que trata el artículo 1754 del C.C pues acepta las condiciones que hacen parte de éste régimen. Propuso entre otras las excepciones de hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, innominada o genérica y buena fe.

PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. El acto en que se suscribió el formulario de vinculación se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y 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 declara 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, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de abril de 2022, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **LUCIA ESTER MORON TIRADO** al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha **01 DE MAYO DE 1997**, por intermedio de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** a, trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora **LUCIA ESTER MORON TIRADO** identificada con C.C 25.910.66 de Chinu (Córdoba) a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES Y PROTECCION. Se señala como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de una de ellas y a favor de la demandante.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, **CONSULTESE CON EL SUPERIOR**, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, señaló que en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y el deseo del afiliado se requiere que la Administradora de Ahorro Individual haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, incluso desanimar al interesado de tomar una decisión que perjudique sus intereses por lo que la omisión de dicha afiliación trae como consecuencia la ineficacia del traslado

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PROTECCION S.A., interpuso recurso de apelación parcial al considerar que en lo referente a devolver los gastos de

administración y del seguro previsional al régimen de prima media pues la deducción de estos valores se hace por disposiciones válidas vigentes aplicables, son comisiones ya causadas y encausadas durante la administración de manera correcta y oportuna de la cuenta de ahorro individual que han sido más de 24 años por parte de la AFP Protección S.A, ha generado unos rendimientos significativos a lo largo del tiempo, en términos de la cuenta de ahorro individual esos dineros se han incrementado de manera ostensible. No es dable devolver un porcentaje por conceptos de gastos de administración a una entidad que nunca ha administrado la cuenta de ahorro individual por más de 24 años que es el tiempo que ha permanecido afiliada la accionante a la AFP y es por esto que devolver los dineros genera un detrimento patrimonial y se genera un enriquecimiento sin justa causa en favor de la accionante y del régimen de prima media.

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación puesto que se evidencia que la parte actora nunca realizó actos que sugieran su no intención e inconformidad de pertenecer a la AFP, a la fecha se tienen una densidad considerables de daños que no denota las alegadas falencias, engaño, falta de información, sean contrarias al fenómeno jurídico de la ratificación que perfecciona el acto ineficaz con ocasión a la sentencia SL 413 de 2018 y artículo 898 del Código de Comercio que manifiesta la ratificación expresa de las partes.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A, el 19 de marzo de 1997.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte actora, señaló que comenzó a cotizar en el Seguro Social desde que inició su vida laboral, manifiesta que el traslado fue irregular o ilegal a Protección S.A ya que no recuerda haberlo realizado. En el año 1997, cuando la nombran Directora del Instituto Municipal de Deportes, una persona se presentó a la oficina, los reunió por recomendación del Alcalde del Municipio y les hizo una charla solicitándoles que llenaran una información básica del lugar donde vivían, el cargo que ocupaban, si estaban casados, si tenían hijos y vendiendo la idea que podían pasarse al Fondo Privado porque el Seguro Social se iba a terminar.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017, Sl 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

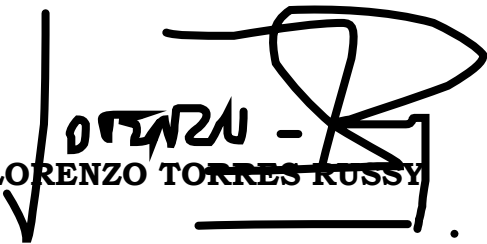
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de abril de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NELSON IVAN GONZALEZ JEREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 035 2021 00021 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de marzo de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, argumenta que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que impide el traslado dentro de los fondos cuando les falte 10 años o menos para la edad de pensión, que la reclamación elevada a Colpensiones la realizó para el día 10 de septiembre de 2020, fecha en la cual solicitó ante Colpensiones su traslado, contaba con más de 61 años, en razón a que nació el día 26 de marzo de 1959. Revisados los hechos de la demanda fácil es concluir que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error,

toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y LA AFP PORVENIR S.A, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial y por ende no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante.

DEMANDANTE, argumenta que el formulario de afiliación no es la prueba idónea para probar que efectivamente se dio una información debida, con el propósito de demostrar que hubo un consentimiento informado por parte del señor Nelson Iván González Jerez al efectuar su afiliación, lo cual no se demuestra con la simple suscripción de este, ya que este es un formulario reimpreso y lo único que se evidencia es información general del afiliado.

PORVENIR S.A., argumenta que la afiliación del demandante se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se lee del formulario de afiliación suscrito con la AFP Porvenir S.A., cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento un documental que, debidamente estructurada, figura en los términos de ley como medio probatorio de la libertad y el consentimiento informado de la parte demandante al momento de realizar su afiliación con Porvenir S.A.

I. ANTECEDENTES

El señor Nelson Iván González Jerez, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a las AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que estuvo afiliado al sistema general de pensiones, en el régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por Colpensiones desde el 28 de diciembre del año 1983 hasta

el mes de diciembre de 1996, tal cual se evidencia en la historia laboral emitida por Colpensiones. Que suscribió afiliación con la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A. mediante formulario de afiliación No. 831237 con fecha del 06 de diciembre de 1996.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 13, 25, 48, 53, 58 y 335 de la Constitución Política de Colombia; artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo; artículo 11, 288 de la Ley 100 de 1993; artículo 1603 de la Ley 57 de 1887; artículo 83 del C.P.A.C.A; artículo 4 del Decreto 656 de 1994; artículo 11 del Decreto 692 de 1994; artículo 10, 12 del Decreto 720 de 1994; sentencias SL radicado No. 31314 de 2008, SL radicado No. 31989 de 2008, SL radicado No. 33083 de 2011, SL 11385 de 2017, SL 1947 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo 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 Porvenir S.A., o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones 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, innominada o genérica.

PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que es importante aclarar que el demandante no presentó afiliación al fondo de pensión obligatoria administrado por Protección S.A, si bien existe el formulario 5205234 del 15 de enero de 2000, el mismo fue rechazado por ilegible. Propuso entre otras las excepciones de falta de legitimación en la causa por

pasiva, desvinculación a protección, buena fe, innominada o genérica, prescripción.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, conclusión a la que se arriba, en atención a que, no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo. Por lo que, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de marzo de 2022, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por NELSON IVÁN GONZÁLEZ JEREZ al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pension de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que éste permaneció afiliado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliar a NELSON IVÁN GONZÁLEZ JEREZ al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP PORVENIR S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

QUINTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta. ”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 081 de 2021, SL 145 de 2021, se menciona que el fondo es que debe demostrar que brindó la información. En sentencia como la SL 2207 de 2021, resaltó que no es suficiente la información que está en las leyendas de los formularios sino que las AFP tienen la obligación del buen consejo que es el de informar adecuada y detalladamente a los cotizantes.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación al considerar que en el presente caso no era dable declarar la ineficacia del traslado del demandante a Porvenir S.A. teniendo en cuenta que para el momento que se afilió a la AFP no había una norma que específicamente contuviera la información que debía tener los fondos de pensiones para los afiliados al régimen de ahorro individual, sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010 con posterioridad el Decreto 2071 de 2015 que las AFP adquirieron la obligación de custodiar esta asesoría y esta información que se le brindaba a los potenciales afiliados y, este sentido, la Superintendencia Financiera a través de numerosos conceptos ha sido enfática en señalar que la obligación de otorgar esta clase de información sobre las condiciones de afiliación es desde el año 2010 que nació a la vida jurídica, teniendo en cuenta que el demandante se afilió con Porvenir S.A. en el año 1996 no era posible endilgarle ninguna responsabilidad respecto de la información o afiliación que se había efectuado. Adicionalmente, en cuanto a la condena respecto a los gastos de administración, adicional al traslado a los aportes y recursos que reposan en la cuenta de ahorro individual, estos gastos con cargo a los propios recursos de AFP., teniendo en cuenta que estos gastos fueron descontados en cumplimiento de un deber legal, establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación frente a las condenas impuestas en contra de la entidad en razón a que es un

tercero vinculado dentro del litigio y nada tuvo que ver en la afiliación que el demandante hizo a Porvenir S.A en el año 1996. A pesar que se ordena retornar todos los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante muchas veces estos saldos no alcanzan a cubrir las expectativas pensionales que necesita Colpensiones para financiar la pensión de los afiliados, esto generando una descapitalización del sistema.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de

recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar***

un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A, el 6 de diciembre de 1996.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte actora, señaló que en el año 1995 o 1996 se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, en ese momento estaba trabajando en la Contraloría Municipal de Bucaramanga con el cargo de revisor fiscal 2. La asesoría no duró más de media hora, dicha asesoría se realizó de manera individual, en ese momento el asesor no le mencionó de manera detallada las ventajas y desventajas del cambio simplemente le dijo que el fondo público iba a desaparecer.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de marzo de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por YANETH DEL SOCORRO MUÑOZ SABA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

RADICADO: 11001 3105 035 2020 00233 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la señora

Yaneth del Socorro Muñoz Saba, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de agosto de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, manifestó que no le asiste derecho a la demandante de pretender una declaración de Nulidad o Ineficacia del traslado, es decir, un regresar al régimen de prima media, cuando al verificar la historia laboral de la señora Muñoz Saba, se encuentra que NO ha estado afiliada al ISS, ni a COLPENSIONES, ni a fondo alguno que pertenezca al régimen de prima media. Señaló que para el presente caso, ha de tenerse en cuenta el tema referente a la sostenibilidad financiera en busca de la protección de los recursos que conforman el sistema pensional, ya que la demandante no ayudo a financiar las pensiones de los demás afiliados del RPM y su ahorro no sería suficiente para financiar su propia pensión.

Porvenir S.A., solicitó se confirme la sentencia emitida en primera instancia, al considerar que en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó, ni menos probó, ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con su representada sea eficaz; señaló, que no es viable imponerle cargas distintas, a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió

la afiliación de la parte demandante, pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo que representa, ya que para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación, la afiliada era jurídicamente capaz.

Colfondos S.A., indicó que carece de fundamento jurídico y asidero fáctico las pretensiones de la actora a través del presente asunto, pues, en primer lugar, no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP que represento fuera 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.

La apoderada de la parte demandante, solicitó se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia al considerar que se partió de una errada y aislada interpretación de la exposición fáctica al no reconocer en su integridad el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en escenarios similares al presente caso, se ha pronunciado reiterando a la “libertad informada” como categoría principal, para determinar si una afiliación o tránsito entre los Regímenes de Seguridad Social adolece de ineficacia. Así pues, cuando el Juez advierta una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen, estos serán suficientes indicativos para determinar que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento

para adoptarla, por lo que, deberá decretar la ineficacia del traslado o afiliación al RAIS.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a Protección S.A, a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A., devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos de la cuenta de ahorro individual, así como al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante, costas y agencias en derecho.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 22 de julio de 1969; que el 8 de octubre de 1996 suscribió un formulario de afiliación a Colmena hoy Protección S.A., y posteriormente en el año 2001 a Colfondos S.A. y en el año 2002 a Porvenir S.A., retomando en el año 2003 a Colfondos S.A., sin que los asesores suministraran la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional; precisó que el 27 de febrero de 2020, le solicitó a Colpensiones que en virtud de la anulación se entendiera que siempre estuvo vinculada al Régimen de Prima Media; respuesta que fue contestada por la entidad de forma negativa.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 y 335 de la Constitución Política, el artículo 59 de la Ley 100 de 1993;

los artículos 1509,1603 y 1746 del Código Civil, el Decreto 3800 de 2003, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y las sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado N° 319899 de 2008, 46292 de 2014, 319899 de 2008, 17595 de 2017, 55013 de 2018, 68852 de 2019, 56174 de 2019 y 79167 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a 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), encontrándose que los formularios de afiliación se encuentran sujetos a derecho. Propuso las excepciones 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 de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Por su parte, PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, precisó que la afiliación de la parte demandante con su representada, fue producto de una

decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, compensación, buena fe y la genérica.

A su vez PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, manifestó que se está frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; toda vez que la actora suscribió el formulario de afiliación de forma libre y espontánea, solemnizándose de dicha forma su afiliación. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restituciones mutuas, inexistencia de la obligación, falta fe juramento estimatorio de perjuicios, traslado de los aportes a otra administradora y la genérica.

Finalmente, COLFONDOS S.A., contesto la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra, por cuanto la afiliación de la demandante a Colfondos se dio como traslado horizontal entre fondos del RAIS, y como quiera que este se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Señaló, que los asesores comerciales brindaron a la demandante una

asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, 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, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. Propuso como excepciones de mérito las denominadas: 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 del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción, compensación y pago e inexistencia de perjuicios.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de agosto de 2021, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante **YANETH DEL SOCORRO MUÑOZ SABA**.

SEGUNDO: No se estudia la demanda en reconvención, debido a que estaba supeditada a la prosperidad de la demanda.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la demandante **YANETH DEL SOCORRO MUÑOZ SABA**. Por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$100.000 para cada una de las demandadas, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas. Sin costas por la demanda de reconvención.

CUARTO: *En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que la consecuencia de la nulidad o ineficacia en los términos jurisprudenciales vigentes, es dejar sin efecto alguno dicho acto jurídico, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ellos no hubiera ocurrido, lo cual, no es posible para el caso, ante la ausencia de un traslado de régimen, implicando, por el contrario, que eventualmente lo procedente sería imponer las sanciones previstas en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, por lo que se niegan las pretensiones de la demanda al considerar que el presente asunto no se ajusta al precedente citado; señaló, adicionalmente, que si bien es cierto, toda la jurisprudencia ha indicado que el deber de información debe realizarse de forma suficiente y transparente, lo cierto es que dicha transparencia y suficiencia se encuentra limitada cuando se trata de un afiliado inicial a diferencia de una persona que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante, interpuso recurso de apelación al considerar en primera medida que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema Justicia en todo momento hace referencia a la elección libre y voluntaria de los posibles afiliados a un régimen pensional y que dicha elección debe estar mediada de una información clara, completa y oportuna; precisó que si bien dicha

jurisprudencia se ha realizado a través de los traslados entre un régimen a otro; lo cierto es que no se advirtieron los riesgos de las implicaciones que tenía esa decisión.

Por otro lado, indicó que en lo referente a la consideración de que la demandante quedaría desprovista de un régimen pensional con la declaratoria de ineficacia, resaltó que se encuentra en desacuerdo, toda vez que por los mismos efectos de la ineficacia de traslado, al considerarse que nunca se vinculó a un fondo privado se reactiva ese derecho que tiene la afiliada de hacer una elección libre y voluntaria de régimen pensional de conformidad con los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso 11001 31 05 033 2016 00655 01, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la inexistencia y nulidad de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL14212019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del

sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].**

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.”

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Sentado lo anterior y una vez revisado el acervo probatorio, en el presente asunto se evidencia que la señora Yaneth del Socorro Muñoz Saba se afilió el 8 de octubre de 1996 a Colmena S.A., hoy Protección S.A., posteriormente, el 10 de octubre de 2001 se trasladó a Colfondos S.A., luego el 30 de diciembre de 2002 se trasladó a Porvenir S.A., y finalmente, el 17 de octubre de 2003 retorno a Colfondos S.A., sin que los asesores suministraran la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional; encontrándose que no se está en presencia de un traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al régimen al Régimen de Ahorro Individual sino de un acto de afiliación inicial en el RAIS.

En consecuencia, pese a que de conformidad con la jurisprudencia citada las AFP están obligadas como quedo expuesto con el deber de información que establece el precedente jurisprudencial, esto es que la información fuera clara, cierta, comprensible, oportuna y completa, lo cierto es que no resulta posible acudir a la figura de la ineficacia del traslado tal y como lo señalo el juzgador de primera instancia, ya que nos encontramos con un escenario diferente, porque la actora nunca hizo parte del sistema pensional antes de haberse vinculado al RAIS, situación que encuentra precedente en la sentencia SL4211-2021 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Descongestión N°2 .

En relación con la situación aquí planteada, es pertinente traer a colación la sentencia STL3634-2021 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que señaló lo siguiente:

“Pues bien, analizada la sentencia reprochada advierte la Sala que el sentenciador de segundo grado, indicó que la vinculación del accionante a Colfondos S.A. no obedeció a un traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues, en realidad, lo que ocurrió fue un acto de afiliación inicial al referido ente de seguridad social. De ahí, precisó que la jurisprudencia de esta Sala de la Corte ha edificado la teoría de la información documentada exclusivamente en los asuntos donde se pretenda la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional del RPMPD al RAIS. En tal sentido, el ad quem adujo que como quiera que la parte actora realizó su afiliación inicial a la citada AFP el 6 de noviembre de 1999, no era posible acceder a las pretensiones de la demanda, pues tampoco acreditó algún perjuicio en su derecho o expectativa pensional. De lo antedicho no se extraen definiciones que contraríen el precedente judicial, toda vez que, en aquellas oportunidades, el problema jurídico se desató respecto al traslado de régimen pensional de personas que tenían la calidad de afiliados al RPMPD y se trasladaron al RAIS, circunstancia que no se evidencia en este asunto pues, se reitera la afiliación inicial al sistema del actor tuvo lugar el 6 de noviembre de 1999. En tal virtud, se advierte que la decisión proferida el 11 de diciembre de 2020 por la Sala Civil – Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería es razonable, en la medida que no es posible endilgarle un desconocimiento del precedente. De modo que en este asunto no se estructura ninguna de las causales que excepcionalmente autorizan la intervención del juez de tutela en la órbita del juez natural, pues este último ejerció adecuadamente su labor de administrar justicia, sin incurrir en errores protuberantes que ameriten la adopción de las medidas urgentes que se solicitaron. Las anteriores consideraciones resultan suficientes para negar el resguardo deprecado.”

Bajo las premisas anteriores, se procederá a confirmar la decisión del a quo.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de agosto de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALBEIRO MURILLO CARDONA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTIAS PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 036 2021 00014 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Protección S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de abril de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que en el presente asunto no es procedente que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, toda vez que el traslado efectuado se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo el formulario de afiliación., esto de conformidad al artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

La parte demandante, manifestó que en el proceso quedo demostrado que el demandante no selecciono el régimen de ahorro individual informado, lo cual se confirmo con el interrogatorio de parte, dado que el actor , al

momento del traslado de régimen pensional, no tuvo contacto con ningún asesor del fondo de pensiones, por lo cual no conto con ningún tipo de información.

I. ANTECEDENTES

El señor Albeiro Murillo Cardona, pretende se declare la ineficacia de traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación de definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad en noviembre de 2006 ante Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP retornar junto con 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 y los gastos de administración a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 8 de septiembre de 1963; que desde el 19 de octubre de 1987 hasta el 31 de octubre de 2006, estuvo afiliado al Instituto del Seguro Social; que para el mes de noviembre de 2006 se trasladó al RAIS con la AFP Protección S.A., sin que el asesor de dicho fondo le suministrara la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49 y 53 de la Constitución Política, los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993; el artículo 3 de la ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el artículo 3 el Decreto 2071 de 2015, la Circular externa N°016 de 2016 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados N° 33083 de 2011, 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que efectuó el actor se realizó de manera libre y voluntaria, así como también señaló que el fondo no tuvo injerencia en dicha decisión. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad sui generis, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta

de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está ante un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de vinculación que suscribió el actor, el cual se realizó de forma libre y espontanea, solemnizándose de dicha forma su afiliación. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, genérica, inexistencia de la obligación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de abril de 2022, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por el señor ALBEIRO MURILLO CARDONA del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 29 de Diciembre de 2006, a través de PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones. Incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Liquidense como agencias en derecho con la suma de un (1) SMLMV a cargo de cada una de ellas.

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S..”

Como fundamento de su decisión, argumentó que en múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia ha declarado la viabilidad de la nulidad del traslado cuando las Administradoras de Fondos de Pensiones faltan a su deber de información de manera completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, criterio que fue modificado

por la sentencia SL 1421 de 2019, en el cual se precisó que la consecuencia jurídica no sería la nulidad sino la ineficacia del traslado de régimen postura jurisprudencial que se mantiene incólume a la fecha y que se encuentra vertida en las sentencias SL 1452 de 2019; SL 4360 de 2019; SL-373 de 2020; providencias que constituyen doctrina probable conforme lo establece el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación al considerar que de los medios probatorios se permite establecer que no existe un error de hecho sino de derecho el cual que con el paso del tiempo fue subsanado, no solo por la voluntad que plasmo el actor al momento de suscribir el formulario de afiliación sino por su vocación de permanecer en el régimen privado por más de 14 años, por otro lado precisó que el deber de información ha variado con el tiempo y para el momento en que se trasladó el demandante la normatividad vigente no estipulaba realizar comparaciones o simulaciones.

La apoderada de PROTECCION., interpuso recurso de apelación de manera parcial en contra de la decisión proferida en cuanto al numeral 2 de la parte resolutive que ordena a la AFP además de los rendimientos y los aportes de la cuenta de ahorro individual los conceptos que han sido descontados como cuotas de administración y seguros previsional, al considerar que de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, la facultad de realizar dichos descuentos se otorga tanto a las administradoras de régimen público como al régimen privado, toda vez que dichos emolumentos no forman parte de la pensión de vejez.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales

citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar

por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte, hoy Porvenir S.A., el 7 de noviembre de 2006.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en su lugar de trabajo en el año 2006 al momento de ingresar a laborar el celador de la empresa le entregó un formulario por parte de Santander para que fuera diligenciado, en virtud de que los aportes se estaban realizando a dicha entidad, sin que fuera asesorado por ningún fondo de pensiones.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, no suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 20 de abril de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

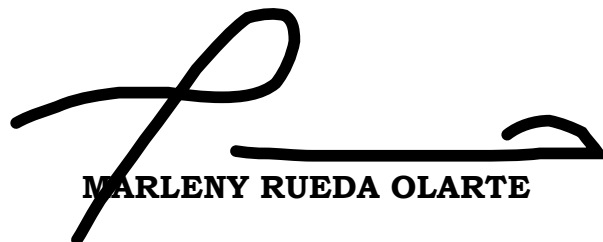
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR TRINIDAD GOMEZ CALA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 039 2019 00830 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora PAOLA ALEJANDRA MORENO VASQUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.030.536.323 y tarjeta profesional No. 217.803 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de febrero de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo) así como tampoco se está frente a un error sobre punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP Porvenir S.A., por no tratarse de un error dirimente o error nulidad que es aquel que por esencial, afecta la validez del acto y la condena a su anulación o rescisión judicial.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia, toda vez que en el presente asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siguiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que el acto goce de plena validez.

La parte demandante, manifestó que se estableció por parte del Juez primigenio que el fondo privado de pensiones y cesantías Porvenir S.A., no realizó ningún tipo de procedimiento en el momento del traslado por medio del cual explicara las diferencias entre uno y otro régimen pensional.

I. ANTECEDENTES

La señora Trinidad Gómez Cala, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A, en el año 1997 y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, que se encuentran en la cuenta ahorro individual.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 30 de diciembre de 1959; que el 1 de febrero de 1982, se afilió al ISS; que el 1 de junio de 1997 se trasladó a la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir, sin que los asesores de dicho fondo le suministraran la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó el artículo 622 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los artículos 1, 2, 3 y 11 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1746, 1502 y 1508 del Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado N°31989 del 2008, 33083 del 2011, 31314 de 2011, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación que realizó la demandante a Horizonte S.A en el año 1997 fue producto de una decisión voluntaria e informada, después de haber sido asesorada ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, del funcionamiento del RAIS y en especial de sus condiciones pensionales individuales. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo 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 que de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones 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 de pago de costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de febrero de 2022, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señora TRINIDAD GÓMEZ CALA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del

01 de junio del 1997a través de la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media,

SEGUNDO: CONDENAR a PROVENIR S.A. a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que se encontraba afiliada la demandante, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en el numeral anterior y que reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada. QUINTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz, por parte de PORVENIR S.A.

SEXTO: CONDENAR a PORVENIR SA al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2.000.000. en los términos del artículo 365 del C.G.P.Y ACUERDO

SÉPTIMO: ORDENAR la consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicados 31989 de 2008, 1452 de 2019, 1688 de 2009, al señalar en primer lugar que en relación a la decisión libre y voluntaria estipulada en el artículo 13 del literal b de la Ley 100 de 1993, al momento de firmar el formulario de afiliación se debe dar una información suficiente y transparente sobre las características ventajas, desventajas y efectos de trasladarse a los regímenes, además de ello, señalo que la carga de la prueba está a cargo de las Administradoras de pensiones de conformidad al artículo 1604 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación al considerar que existen varios elementos de juicio que permiten inferir que el deseo de la demandante siempre fue pertenecer al RAIS, no solo con el formulario de afiliación documento válido, público que se presume autentico que no fue tachado de falso, así como también que es importante tener en

cuenta el interrogatorio de parte absuelto por la parte actora donde indica características del RAIS; señaló que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003; por otro lado precisó que en lo que tiene que ver con la condena impuesta a la AFP en lo referente a gastos de administración de conformidad con la Ley 100 de 1993, también en el Régimen de Prima Media se debe destinar el 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobreviviente, los cuales no forman parte integral de la pensión de vejez y están sujetos al fenómeno de la prescripción.

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación, al considerar que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; así mismo no se acreditó algún vicio en el consentimiento (error, fuerza o dolo), ni se tuvo en cuenta que existió ratificación expresa o tacita por parte de la demandante para sanear el presunto vicio del contrato de afiliación, por otro lado refirió que debe tenerse en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional en relación a la descapitalización del sistema pensional.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen

de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional,

no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte, hoy Porvenir S.A., el 9 de abril de 1997.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte actora, señaló que en su lugar de trabajo un asesor de la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., que le indicó que el Seguro Social se iba acabar y que con el fondo privado la mesada pensional sería más alta y por tal motivo firmo el formulario de afiliación.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, no suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017, Sl 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de febrero de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

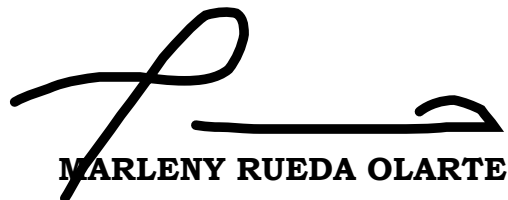
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

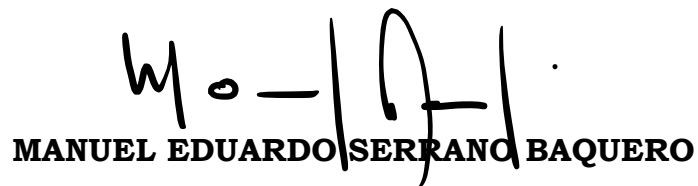
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por ARACELLY
BONILLA MOYA contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 031 2019 00321 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de marzo de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por el apoderado de Seguros de Vida Alfa, en el que solicitó confirmar la decisión,

por cuanto su representada no fue la entidad que reconoció la pensión de sobrevivencia y que ha efectuado los pagos establecidos a la demandante por Porvenir S.A., sin tener ninguna injerencia en la liquidación de la mesada pensional.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se ordenara el pago del retroactivo pensional del señor Jorge Eliecer Guzmán Vargas, en su calidad de cónyuge supérstite, en consecuencia, se condenara al pago de \$12.408.547, por concepto de 13 mesadas pensionales, de diciembre de 2015 a diciembre de 2016, junto con los intereses moratorios que se causaran hasta cuando se efectuara el pago.

En sustento de sus pretensiones mencionó que el señor Jorge Eliecer Guzmán Vargas, falleció el 27 de julio de 2018, fecha para la cual se encontraba gozando de la pensión de vejez, a partir de enero de 2017; lo que este logró tras una batallada iniciada desde el año 2015, año para el que señor Guzmán Vargas, contaba con 62 años y 1460 semanas cotizadas; en el mes de octubre de 2015, el causante presentó solicitud de reconocimiento de la pensión; que para el mes de diciembre de 2015, fue terminado el contrato del causante y este no volvió a vincularse a la espera del reconocimiento pensional y su retroactivo; no obstante, hasta el 15 de enero de 2017, se efectuó el reconocimiento pensional a partir de este momento sin incluir el retroactivo.

Cómo fundamento jurisprudencial trajo a colación las sentencias emitidas por la Corte Constitucional No. T-225 de 2018, T-049 de 2016 y T-433 (SIC).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Porvenir S.A., contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto el derecho reclamado por la actora no nacía cuando su difunto esposo cumplió 62 años, pues las mesadas pensionales se pagaban a partir del momento en que la OBP profiriera resolución de reconocimiento pensional y este ingresara a la cuenta individual, aspecto que en el caso particular no se cumplió en 2015, sino hasta enero de 2017, por lo que no se tenía derecho a ningún pago por concepto de retroactivo pensional, resaltando que la pensión de la demandante era pagada a partir de agosto de 2017, por Seguros de Vida Alfa S.A., y por tanto desde esa fecha no era la entidad pagadora y la cuenta que pertenecía al afiliado se encontraba en ceros, por lo que no había lugar a las sumas e intereses reclamados. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de obligación a cargo de mi representada por cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación, innominada o genérica.

Mediante auto del 2 de agosto de 2019, notificado por estado el día 5 del mismo mes y año, se ordenó vincular como litisconsorte necesario a Seguros de Vida Alfa S.A., quien contestó la demanda mediante Curador Ad Litem, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por cuanto el

derecho a la pensión de vejez del señor Jorge Eliecer Guzmán Vargas, por cuanto no se debía reconocer cuando cumplió los 62 años de edad, sino en el momento que se tuviera certeza que el capital necesario para financiar la citada pensión tuviese los aportes de la cuenta individual con sus rendimientos, junto con el respectivo bono pensional, de conformidad con el artículo 68 de la Ley 100 de 1993 y dado que el bono pensional se acreditó por completo en la cuenta individual del causante el día 3 de enero de 2017, con los cupones de la Nación y Colpensiones, fue que a partir de dicha data se acreditó el capital necesario en la cuenta y se procedió al correspondiente reconocimiento.

Igualmente, propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción y caducidad, de compensación, cosa juzgada, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de marzo 2021, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a reconocer y pagar a la demandante Aracelly Bonilla Moya, el retroactivo pensional generado por la pensión de vejez que debió serle reconocida a Jorge Eliecer Guzmán Vargas, a partir del 3 de agosto de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016, liquidación del retroactivo pensional que deberá realizar la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.,

teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 100 y demás decretos reglamentarios.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a reconocer y pagar a la demandante Aracelly Bonilla Moya, los intereses moratorios a la tasa más alta vigente a partir del 3 de diciembre del año 2015, sobre el retroactivo pensional generado y que fue reconocido en esta sentencia por la pensión que debió serle reconocida a Jorge Eliecer Guzmán Vargas.

TERCERO: CONDENAR al pago de agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

CUARTO: Frente a la llamada a integrar la litis Seguros de Vida Alfa S.A., se absuelve de la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda.”

Como fundamento de su decisión argumentó que el régimen pensional al que estaba afiliado el causante era al RAIS con Porvenir S.A., resaltando que para acceder a la pensión en el mismo, el único presupuesto que se debía cumplir era el establecido en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 (capital necesario), debiéndose tener en cuenta además que el artículo 65 Ibidem, contemplaba la garantía de pensión mínima (62 años y 1150 semanas), así señaló que conforme a la documental allegada se tenía que el causante solicitó la pensión de vejez el 03/08/2015, momento para el cual se contaba con el capital necesario para el reconocimiento pensional según se desprendía de la respuesta otorgada por Porvenir S.A. al oficio librado por el despacho, sin que fuera válido que en los alegatos de esta demandada se desconociera, siendo que es la misma parte la que lo aportaba y no fue tachado de falso cuando fue incorporado, por lo que se le daba pleno valor probatorio.

Adicionalmente, indicó que si bien se señaló que no se había reconocido la pensión por cuanto no se había expedido el bono pensional, debía tenerse en cuenta que se tenía

derecho a la expedición del bono pensional cuando se cumplieran 62 años, los cuales para el 03/08/2015 ya se habían cumplido, destacando que conforme a lo señalado por la C.S.J., S.C.L., la demora en la expedición de los bonos pensionales no era excusa para negar el reconocimiento, ya que los trámites administrativos no podían afectar el mismo, especialmente porque no se trataba de una pensión anticipada sino de vejez y en todo caso, así no se tuviera en cuenta la respuesta al oficio cuestionado se cumplían con los requisitos de garantía de pensión mínima, por lo que procedía el reconocimiento a partir de la solicitud presentada y los intereses moratorios a partir del mes cuarto, esto es, desde el 3 de diciembre de 2015.

Finalmente, señaló que el llamamiento en garantía, aunque se había admitido, no se presentó documento contentivo del seguro contratado por Seguros Alfa, lo que impedía imponer una condena en su contra.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Provenir S.A., sustentó el recurso señalando que para el 3/08/2015 (fecha de presentación del reconocimiento pensional), el afiliado ahora representado por su esposa, no contaba en su cuenta individual con el capital acumulado suficiente en los términos de los artículos 64 y 68 de la Ley 100 de 1993, pues los bonos pensionales que estaban a cargo de Colpensiones, la Nación y Ministerio de Defensa, no habían sido acreditados en la cuenta individual, precisando que cuando fueron acreditados en noviembre y

diciembre de 2016, a continuación se le reconoció la pensión al afiliado en enero de 2017, resaltando que no hubo mora en el reconocimiento de la pensión, sino las situaciones evidenciadas con el bono pensional, por lo que no eran procedentes los intereses moratorios.

Así mismo, solicitó se revocara la absolución de Seguros de vida Alfa, pues ésta no fue llamada en garantía sino como listisconsorte necesaria, debiéndose tener presente que dicha compañía de seguros fue la que expidió la póliza por medio de la cual se estaba pagando a la demandante la pensión por la modalidad de renta vitalicia como se evidenciaba en el documento obrante a folio 168, y si bien no se había allegado la póliza a folio 52 y 53 reposaba documento en el que dicha aseguradora oficiaba a la demandante y le aprobaba la pensión, advirtiéndose además a folio 163 certificado de pago de pensionados, de donde se apreciaba que Porvenir S.A., giró todo el saldo de la cuenta de ahorros del afiliado en donde incluso se alcanzaron a pagar mesadas antes del fallecimiento, girando prima única a Alfa en virtud de la contratación de la renta vitalicia y de ahí en adelante es la aseguradora quien se hacía pagadora de la pensión, determinando al momento de hacer la contratación cuantas mesadas iban a ser, por lo que la reliquidación de la pensión correspondía a ella.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala

estudiará si en el presente asunto resultaba viable conceder el retroactivo pensional reclamado.

En primer lugar, resulta pertinente señalar que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que Porvenir S.A., mediante comunicación de fecha 17 de enero de 2017, reconoció pensión de vejez al señor Jorge Eliecer Guzmán Vargas, en cuantía de \$997.472; ii) que el señor Jorge Eliecer Guzmán Vargas, falleció el 27 de julio de 2018; iii) que Seguros de vida Alfa S.A., en comunicación de fecha 30 de octubre de 2018, realizó reconocimiento de la sustitución pensional del señor Guzmán Vargas, en favor de la demandante, en calidad de cónyuge y iv) que el causante había solicitado el reconocimiento pensional el 3 de agosto de 2015.

Precisado lo anterior y toda vez que el primer reparo de la recurrente gira en torno a que para la fecha en que el causante solicitó el reconocimiento pensional no contaba en su cuenta individual con el capital acumulado suficiente, en tanto que los bonos pensionales que estaban a cargo de Colpensiones, la Nación y Ministerio de Defensa no habían sido acreditados en la cuenta individual, se acudirá a las documentales obrantes en el proceso a efectos de dilucidar dicha situación.

Al respecto, debe señalarse que obran en el expediente dos respuestas remitidas por Porvenir S.A. frente al oficio librado por el despacho, que tenía como finalidad establecer el número de semanas cotizadas y el capital acumulado en la cuenta individual del causante al momento en que se presentó

la solicitud de reconocimiento pensional, así como, el capital mínimo requerido para otorgar la pensión en dicha data.

Así, se observa que ambas están identificadas con el número de oficio 2410/ y en la referencia del documento se indica “Respuesta al Oficio de fecha 27 de enero del 2021”, sin embargo, difieren en su contenido, como puede observarse a continuación, resultando extraño en todo caso, que siempre que se alude a la respuesta al oficio pareciera que solo se hace referencia a una de estas (en la que se indica que el capital acumulado era de \$237.982.095):

-Comunicación relacionada en el numeral 16 del expediente digital:

“(…)

Porvenir SA., se permite informar a su señoría que, el número de semanas cotizadas por el demandante al momento de hacer la primera reclamación de la pensión de vejez era de 1469.57 semanas.

El capital acumulado que tenía el demandante en el momento que realizó la primera solicitud de pensión de vejez era por el valor de \$ 237.982.095.

El capital mínimo requerido en el fondo de pensiones para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, en el momento en que el demandante presenta su primera solicitud de pensión de vejez, era de \$ 114.413.244.

(…)”

-Comunicación relacionada en el numeral 17 del expediente digital:

“(…)

Para el caso en mención y teniendo en cuenta que no se había efectuado el rendimiento del bono pensional a la señora ARACELLY BONILLA MOYA, no era pertinente en la fecha del 03 de agosto de 2015, el reconocimiento de la pensión de garantía mínima ya que no contaba con el capital requerido.

Teniendo en cuenta lo anterior, se indica que, la usuaria tenía en su cuenta de ahorro individual 1411.43 semanas, a la fecha del 03 de agosto de 2015 reclamación inicial efectuada por la misma.

El capital acumulado que tenía el demandante en el momento que realizó la primera solicitud de pensión de vejez era por el valor de \$ 49.418.257.

El capital mínimo requerido en el fondo de pensiones para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, en el momento en que el demandante presenta su primera solicitud de pensión de vejez, era de \$ 210.212.660, capital que en ese momento era insuficiente ya que el bono fue redimido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 64 de la Ley 100 de 1994, en las fechas 30 de noviembre de 2016 por valor de \$ 58.649.000 y 28 de diciembre de 2016 por valor de \$ 120.795.000; razón por la cual hasta después del ingreso de dichos valores a la cuenta fue posible acceder al reconocimiento de la pensión de vejez tal como se presentó.

(...)”

Como se aprecia estos dos documentos se contraponen en lo que tiene que ver con el capital mínimo requerido para el reconocimiento de la pensión en la fecha en que elevó solicitud el causante y el capital acumulado en la cuenta del mismo para tal época, debiéndose resaltar que en una de estas se afirma que el bono pensional del causante aun no se encontraba acreditado en la cuenta del mismo y por tanto el capital era insuficiente para el reconocimiento de la prestación reclamada, siendo importante mencionar en este punto que la apoderada de Porvenir S.A., da entender que la comunicación en la que se indicó que se contaba con un capital acumulado en la cuenta suficiente no era cierta o que faltó más información, por lo que se atenía a lo expuesto en la contestación de la demanda.

Ante la situación antes evidenciada y a efectos de establecer lo que realmente había ocurrido, es pertinente hacer una verificación de los demás elementos de prueba obrantes en el expediente, encontrando relevantes para el asunto los siguientes documentos:

- **Comunicación de fecha 9 de septiembre de 2014, expedida por el Ministerio Defensa Nacional dirigida al Coordinador del Consorcio**

ADS Servis Cromasoft, en donde se indicó que se enviaba certificado de información laboral para bono pensional del causante.

- **Reclamación de prestaciones económicas presentada por el causante con fecha de recibido del 3 de agosto de 2015**, en cuyo formulario dentro de los documentos a adjuntar se menciona “Historia Laboral Oficial Normalizada y Firmada (Emisión bono, no bono e incluir correcciones), advirtiéndose que en los anexos de dicha reclamación se adjuntó documento denominado “Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales Liquidación”, en donde en el acápite de historia laboral para bono se registran varias observaciones/errores respecto de diferentes empleadores, también se indica en el acápite de cuotas partes de la liquidación del bono, el que asciende a \$30.030.175, que los valores registrados a cargo de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional y Colpensiones, obedecían a liquidación provisional.

También reposa en dichos anexos, documento en el que el causante declara “(...). *Que toda la información que se me atribuye es veraz y ninguna parte de ella se ha utilizado para una Pensión e indemnización concedida o en trámite para otro bono pensional emitido o en trámite. Con la información aquí detallada en la liquidación 28 de la oficina de Bonos Pensionales autorizo la emisión de mi Bono Pensional, el cual tiene un valor de \$30.030.175 a fecha de corte la cual es el 01/01/1998 art. 52 D 1748/95*”.

- **Comunicación de fecha 21 de octubre de 2015, expedida por el coordinador de bonos pensionales de Porvenir S.A., dirigida al causante**, en donde le informan que en desarrollo del bono pensional y como respuesta a la solicitud de liquidación de los vínculos laborales en el régimen de prima media la OBP del Ministerio de Hacienda y crédito Público, envió nueva liquidación de historia laboral, por lo que como este era un requisito esencial para solicitar la emisión del bono pensional era importante contar con la presencia del causante para la revisión y firma de la autorización de la emisión e iniciar las gestiones para que el emisor procediera con el reconocimiento.
- **Comunicación de fecha 9 de noviembre de 2015, expedida por la coordinadora del grupo de prestaciones del Ministerio de Defensa dirigida a la coordinación de bonos pensionales de Porvenir S.A.**, en donde indican que se recibió solicitud de reconocimiento y pago del bono pensional por causal de redención normal, pero no era posible continuar con el trámite, ya que revisada la documentación no coincidía el lugar de nacimiento registrado en el registro civil de nacimiento con el de la cédula de ciudadanía
- **Comunicación de fecha 27 de enero de 2016, expedida por la Dirección de beneficios Pensionales de Porvenir S.A., dirigida al causante**, en donde le indicó que se recibió la reclamación de la prestación económica y que luego de efectuado el análisis era necesario aportar registro civil de nacimiento y cedula de ciudadanía ante una inconsistencia en el lugar de nacimiento que requería ser

aclarada, con el fin de seguir con el trámite del bono pensional, dado que así se requirió por el Ministerio de Defensa Nacional.

- **Comunicación de fecha 8 de marzo de 2016, expedida por el coordinador de bonos pensionales de Porvenir S.A., dirigida a la coordinadora del Ministerio de Defensa Nacional**, en donde se indicó que con el fin de concluir el trámite del bono pensional, se solicitaba el reconocimiento y pago del cupón a su cargo, indicando que el bono pensional se encontraba liquidado en la página de la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme a las certificaciones de tiempo y de servicio expedidas por los empleadores antes del traslado de régimen, debidamente expedidas conforme al art. 22 del Decreto 1513 de 1998, las cuales gozaban de presunción de legalidad e igualmente los periodos cotizados en Colpensiones cargados en la liquidación directamente por dicha entidad mediante el procedimiento establecido en el artículo 5 del Decreto 3798 de 2003, señalando que adjuntaba a la petición entre otros historia laboral en la que se encontraba la manifestación prevista en el inciso 1° del artículo 14 del decreto 1474 de 1997.
- **Comunicación de fecha 14 de marzo de 2016, expedida por la coordinadora del grupo de prestaciones sociales del Ministerio de Defensa, dirigida a Provenir S.A. (OFI 16-17615)**, en donde da respuesta a la solicitud de reconocimiento del bono pensional, indicó que no era posible continuar con el trámite ya que al verificar la pagina web del Ministerio de Hacienda y Crédito Publico, se observaba que el bono estaba en detención por causal 1 y al revisar la documentación no se encontró copia de la cédula de ciudadanía.
- **Comunicación de fecha 4 de abril de 2016, expedida por la Dirección de beneficios pensionales de Porvenir S.A., dirigida al Ministerio de Defensa Nacional**, en la que se da respuesta a comunicación OFI 16-17615, relacionada con el tramite del bono pensional del causante, informando que la observación de detención que presentaba el bono pensional se debía a las continuas actualizaciones que realizaba Colpensiones y que se estaba gestionando ante esa entidad, así como, que una vez corregida la inconsistencia se informaría para continuar con el trámite correspondiente.
- **Derecho de petición de fecha 28 de julio de 2016, expedido por el coordinador de Bonos Pensionales de Porvenir S.A., dirigido a Colpensiones**, en donde solicitó la colaboración con la validación de la corrección y/o actualización de la historia laboral de los 289 casos relacionados, de conformidad con el procedimiento a través de archivo laboral magnético, remitido directamente por Colpensiones a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, indicando que dichos casos habían sido reportados a través del convenio establecido por medio de Asofondos y reiterados por correo, sin embargo los mismos se encontraban en términos de definición de pensión vencidos debidos a los cambios de historia laboral o procesos de reconstrucción.

Nota: revisado el No. de documento de identidad que tenía el causante, el cual figura en los diferentes documentos obrantes en el plenario (C.C. No. 5.746.482), se evidenció que hacía parte de la casuística relacionada en el derecho de petición.

- **Resolución expedida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda No. 16081 del 22 de diciembre de 2016** “Por medio de la cual se emite y ordena el pago de los cupones principales a cargo de la Nación y cupones a cargo del ISS de unos bonos pensionales tipo A, por haber ocurrido su redención”, en cuya parte resolutive en su artículo 1, se emite y ordena el pago del cupón principal a cargo de la Nación, en los bonos pensionales de los afiliados al RAIS allí relacionados dentro de los que se encontraba el causante, “Guzmán Var” con fecha de emisión del 19 de diciembre de 2016, igualmente, se evidencia que en el artículo 2, se emite y ordena el pago del cupón principal a cargo del ISS, en los bonos pensionales de los afiliados al RAIS allí relacionados dentro de los que se encontraba el causante, “Guzmán Var” con fecha de emisión del 19 de diciembre de 2016.
- **Comunicación de fecha 23 de febrero de 2017, expedida por la Dirección de Litigios de Porvenir S.A. dirigida al causante**, en la que da respuesta a solicitud de retroactivo pensional, indicándole que el capital necesario para financiar la pensión se componía de los aportes la cuenta individual, sus rendimientos y el bono pensional y toda vez que este último se acreditó completo en la cuenta individual el 3 de enero de 2017, se procedió a definir la prestación, razón por la que no se podía atender favorablemente la solicitud.

De los anteriores documentos, logra evidenciarse que en el caso particular del causante señor Jorge Eliecer Guzmán Vargas, se habían agotado las siguientes etapas para la liquidación, emisión y expedición del bono pensional, en forma previa a la presentación de la reclamación pensional del causante: conformación de la historia laboral del afiliado, solicitud y realización de la liquidación provisional y aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional, esta última que se efectúa en la misma fecha de presentación de la reclamación de la pensión, sin embargo, se advierte que con posterioridad, se evidenciaron inconsistencias en la información obrante en la historia laboral tales como lugar de

nacimiento (Ministerio de Defensa) y corrección/actualización de la historia laboral (Ministerio de Defensa - Colpensiones).

Teniendo claro lo anterior, conviene recordar lo expuesto por nuestro órgano de cierre en la sentencia SL4305-2018, en donde respecto a los bonos pensionales, se indicó:

“(…)

3) Del procedimiento para la liquidación, emisión y expedición de los bonos pensionales tipo A:

Para que el valor del bono haga parte del capital de financiación de la pensión, han de agotarse las siguientes etapas: a) conformación de la historia laboral del afiliado; b) solicitud y realización de la liquidación provisional; c) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; d) emisión; e) expedición; f) redención y g) pago del bono pensional. A continuación, se describirán brevemente cada una ellas:

(…)

5) De la negociabilidad del bono pensional

Según el artículo 68 de la Ley 100 de 1993, las pensiones de vejez del RAIS se financiarán con los recursos de las cuentas de ahorro pensional, con el valor de los bonos pensionales cuando a ello hubiere lugar y con el aporte de la Nación en los casos en que se cumplan los requisitos correspondientes para la garantía de pensión mínima. Tratándose de las pensiones del artículo 64 ibidem objeto de estudio, su financiación se hace con el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual y se incluirá para su cálculo el valor del bono cuando a este hubiere lugar.

Ahora bien, cuando el afiliado aspira a la pensión del artículo 64 en comento y para ello hace cuentas sumando el valor de un bono pensional, como es el caso del actor, implica que este debe haber aprobado la liquidación provisional efectuada por parte de la Oficina de Bonos Pensionales, OBP, del Minhacienda, para la respectiva emisión del bono, requisito indispensable para cuantificar su valor. Como también, en arreglo al procedimiento previsto en el artículo 12 del DL. 1299 de 1994, el afiliado debe autorizar su negociación para poder pensionarse antes de la fecha de redención del bono. La negociación se hará para completar el capital necesario. El artículo 12 precitado dice lo siguiente:

(…)

9. Ciertamente, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 le ordena a los fondos el reconocimiento de la pensión dentro de los cuatro meses siguientes a la radicación de la solicitud con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Y advierte que los fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.

(…)

En este orden de ideas, se reitera lo dicho por la Sala en sede de casación, sobre que la reglamentación vigente prevé que, para el reconocimiento de una

pensión a ser financiada mediante un bono pensional, como la del sublite, es necesaria la emisión; y que, para la emisión, es indispensable que el afiliado apruebe la liquidación provisional. La exigencia de estos requisitos la encuentra justificada la Corte, en razón a que es a través de este instrumento que se tiene la certeza del capital con que cuenta el afiliado para financiar su pensión.

No desconoce la Sala que la emisión del bono se puede volver un obstáculo para que el afiliado comience a disfrutar su pensión. Pero, estima que la solución a este problema no es ordenar, automáticamente, a la administradora el reconocimiento de la pensión, sin que se haya comprobado previamente el cumplimiento del requisito financiero que da derecho a percibir la prestación, porque, de aceptarse esto, se atentaría contra el mandato consagrado en el artículo 48 de la Constitución, a saber:

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

Por esto se dijo en sede de casación que, con el fin de conciliar el precitado mandato constitucional y el derecho pensional del afiliado que ha cumplido, junto con los demás requisitos, el del capital para efectos de financiar una pensión de vejez, en una controversia como la presente, es menester para el juez, previamente a reconocer tal derecho, tener la certeza de que tal prestación cuenta con los recursos económicos para ser financiada; y para esto, se debe entrar a examinar cada caso en particular, con miras a dilucidar si la no emisión del bono es una excusa para negar el derecho a la pensión, por encontrarse evidencia de que el afiliado reúne el capital; o si, en verdad, la falta de emisión no es atribuible a la AFP, como ha resultado ser en este caso, donde el bono que había sido inicialmente emitido y sobre el cual edificó el demandante su aspiración a la “pensión de vejez anticipada” fue anulado por parte de Minhacienda; el actor estuvo incurso en multifiliación y hubo que iniciar nuevamente el trámite de la emisión del bono sin que este hubiese aprobado la liquidación provisional para que aquel se pudiera expedir y luego solicitara la negociación del bono.

(...)”

Atendiendo el precedente citado, y toda vez que se tiene que en ese caso el causante nació el 25 de mayo de 1953, conforme se desprende del registro civil de nacimiento obrante en el expediente, se tiene que el señor Guzmán Vargas, cumplió 62 años, el 25 de mayo de 2015, de acuerdo con lo cual se tiene que la fecha de redención de su bono pensional, era la antes mencionada, al ser esta la edad máxima contemplada para los hombres en la que existe obligatoriedad de cotizaciones al sistema (artículo 64 L. 100/1993), por lo

que en su caso el afiliado no estaba obligado a autorizar la negociación del bono pues la misma operaba al cumplir los 62 años, edad que se cumplió antes de presentar la reclamación pensional.

Así mismo, debe mencionarse que las documentales también dan cuenta que con posterioridad a la solicitud de emisión del bono, se presentaron modificaciones en la historia laboral del Ministerio de Defensa (comunicación del 1° de octubre de 2015) y por parte de Colpensiones (según se desprende de lo señalado en las comunicaciones de marzo y abril de 2016), debiéndose señalar ante ello, que de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 52 del Decreto 1748 de 1995 (Modif. Art. 14 Decreto 1474 de 1997), *“El emisor tendrá la posibilidad en cualquier momento, mientras el bono no haya sido expedido, de revisar la información laboral utilizada y reliquidar de oficio, de lo cual se dejará constancia en la liquidación (...)”*, de igual forma, el artículo 59 Ibidem (adicionado por el artículo 25 del D. 1513 de 1998), estableció que *“La historia laboral procedente de un archivo masivo certificado, que fue utilizada para un bono emitido sólo podrá ser modificada con el consentimiento del afiliado.”*

De lo anterior, se colige que en el proceso de revisión que adelanta el ente emisor puede revisar la historia laboral utilizada y reliquidar de oficio, siempre y cuando el bono no se hubiere expedido, situación que al parecer fue la acaecida respecto del Ministerio de Defensa frente a su cuota parte, pero en este evento requirió autorización del afiliado para efectuar la actualización de la historia laboral, la que aparentemente se surtió según se deduce de las posteriores

comunicaciones en las que el Ministerio se pronuncia ante nuevas reclamaciones de la emisión del bono.

En una de estas respuestas, el Ministerio de Defensa, indicó que no podía continuarse con el trámite por cuanto al verificar la página web del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se observaba que el bono estaba en detención por causal 1 (comunicación del 14 de marzo de 2016), lo que se colige obedecía a las observaciones u errores registrados en la historia laboral de Colpensiones, siendo que en comunicación del 4 de abril de 2016, Porvenir S.A., le informa al Ministerio de Defensa, que la causal de detención obedecía a la actualización realizada por Colpensiones, la cual se encontraba gestionando ante la misma.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que el artículo 5 del Decreto 3798 de 2003, establece lo siguiente frente a los archivos masivos de Colpensiones:

“Artículo 5°. Archivos masivos. El único archivo laboral masivo válido para la emisión de bonos pensionales a cargo de la Nación será el entregado por el Instituto de Seguros Sociales, ISS, a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público debidamente certificado por el representante legal del ISS. En caso de que la persona cuente con una certificación individual expedida por el ISS, cuya información no coincida con la del archivo laboral masivo, prima la certificación individual y el ISS deberá proceder a realizar los ajustes en su archivo laboral masivo. Los demás archivos laborales masivos que hayan sido suministrados a la Oficina de Bonos Pensionales sólo se tendrán en cuenta como información preliminar que deberá ser verificada y sometida al proceso de certificación establecido por las normas vigentes, teniendo en cuenta que presentan inconsistencias y ausencia de información que no permiten su utilización.”

De la anterior norma y de la situación evidenciada, se desprende que existían inconsistencias que debían ser corregidas y/o verificadas ante Colpensiones obrantes en el

archivo masivo laboral, pues los errores que se reportaban eran del siguiente tenor:

CONVENCIONES DE ERRORES/OBSERVACIONES	
ERROR/OBSERVACION	DESCRIPCION
3019	INCONSISTENCIA: MASIVO ISS/COLPENSIONES. VALOR DEL CAMPO DE DEPURACION ES 1 Y TIPO APORTANTE DIFERENTE DE 15 - TRABAJADORES INDEPENDIENTES. SOLUCION: LA AFP DEBE REPORTAR LA INCONSISTENCIA AL ISS
3515	OBSERVACIÓN: DEBE EXISTIR PERMISO DE TRABAJO POR SER TRABAJADOR MENOR DE EDAD.
3814	OBSERVACIÓN: EL ARCHIVO LABORAL MASIVO DEL ISS/COLPENSIONES 1967-1994 PRESENTA UN INGRESO SIN RETIRO Y ESTÁ EN LA TABLA RELACIONES LABORALES CON TIPO DE AFILIACIÓN EN PENSION (1: PENSION, SALUD, RIESGO; 2: PENSION, 4: PENSION RIESGOS PROFESIONALES, 7: PENSION, SALUD), SE ASUME EL 31 DE DICIEMBRE DE 1994 COMO FECHA DE RETIRO
3830	OBSERVACIÓN: NOVEDAD DE HISTORIA LABORAL ISS/COLPENSIONES O NO ISS/COLPENSIONES POSTERIOR A LA FECHA DE CORTE NO SE TIENE EN CUENTA PARA BONO PENSIONAL.

Ante las situaciones expuestas en precedencia, se advierte que Porvenir S.A. adelantó el trámite pertinente, como se enunció en la comunicación del 4 de abril de 2016 y se reiteró en derecho de petición presentado por Porvenir S.A. a Colpensiones, de fecha 28 julio de 2016, en el que solicitó la validación, corrección y/o actualización de varios casos, entre los que se encontraba el demandante.

Como se aprecia, existían inconsistencias en la historia laboral que deberían ser corregidas, las cuales debían efectuarse para poder capitalizar la prestación, aspecto necesario frente a la sostenibilidad financiera y para garantizar el acceso del afiliado a la prestación reclamada, pues se advierte que el capital acumulado en la cuenta individual del señor Vargas Guzmán, no era suficiente para financiar la pensión tal y como se desprende de las respuestas otorgadas al causante, con ocasión de la acción de tutela que este presentó, de fecha 1° de noviembre de 2016 y en la comunicación de fecha 23 de febrero de 2017, ante la solicitud del retroactivo pensional.

Lo anterior, permite evidenciar a juicio de esta sala que la falta de emisión del Bono, no era atribuible a Porvenir S.A., pues tal situación obedeció a inconsistencias en la historia laboral que se forjaron por los mismos emisores del bono, y que estaban avaladas legalmente ante lo dispuesto en los artículos 52 y 59 del Decreto 1748 de 1995, razón por la cual se procederá a revocar la decisión para en su lugar, absolver a Porvenir S.A., del retroactivo pensional cuyo pago se ordenó realizar, por el periodo comprendido el entre 3 de agosto de 2015 el 31 de diciembre de 2016, y dado que no resulto avante el mismo, igual suerte correrán los intereses moratorios, pues en este caso no había emitido el bono pensional, para el momento de la reclamación, tal y como se acredita con la Resolución No. 16081 del 22 de diciembre de 2016 y en todo caso, la falta de emisión del mismo no era endilgable a Provenir S.A.

En las dos instancias se condenará en costas a la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los numerales 1 y 2 de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 17 de marzo de 2021, para en su lugar absolver a Porvenir S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante Aracelly Bonilla Moya, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en las dos instancias a cargo de la demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados.


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000 y en primera instancia la

suma de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARCO ELIAS
QUIMBAYO BARRIOS CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 012 2020 00120 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las partes y el grado jurisdiccional de consulta concedido contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de abril de 2021.

En esta instancia se allegaron alegatos por Colpensiones, en los que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia, concluyendo que no era procedente el reconocimiento de la prestación solicitada como quiera que se presentaba el fenómeno de la incompatibilidad de las pensiones.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto de que se declarara que tenía derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de vejez, en consecuencia, se condenara a la demandada a efectuar el pago de la pensión de vejez, conforme a lo señalado en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, a la indexación de las sumas y a lo que resultare probado ultra y extra petita.

Fundamento sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que laboró en varias empresas privadas cotizando al ISS hoy Colpensiones un total de 1.304,14 semanas cotizadas; que el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, mediante Resolución No. 4917 del 19 de octubre de 2010, le reconoció pensión vitalicia de jubilación; que mediante petición del 12 de julio de 2019, solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión vejez, la cual le fue negada mediante Resolución No. SUB 305935 del

7 de noviembre de 2019 y decisión que fue confirmada mediante Resolución No. DPE 14546 del 12 de diciembre de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contesto oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y señalando que no le constaban otros. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que la pensión que le fue reconocida al actor por el FOMAG y la pensión de vejez reclamada eran incompatibles, teniendo en cuenta que conforme al artículo 128 de la Constitución Nacional nadie podía recibir mas de una asignación del erario público e inciso 4 del artículo 17 de la Ley 549 de 1999, que disponía al tenor literal que todos los tiempos laborados o cotizados en el sector publico y los cotizados en el ISS serian utilizados para financiar la pensión, disponiéndose a la entidad que reconociera la prestación la entrega de los tiempos no incluidos para el reconocimiento pensional bien fuera que procediera la expedición del bono pensional o no generando como consecuencia no solo la incompatibilidad de las pensiones sino que los tiempos cotizados por el actor en el RPM fueran destinados para financiar la prestación que le reconoció el FOMAG.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y titulo para pedir.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de abril de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENBSIONES - COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del señor MARCO ELIAS QUIMBAYO BARRIOS, en el valor inicial de \$1.063.992.00 a partir del 1° de agosto de 2019, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar el retroactivo pensional a partir de la fecha indicada en el numeral anterior, con sus correspondientes reajustes hasta el momento de su efectiva inclusión en nómina, retroactivo debidamente indexado autorizando los descuentos en salud a que hubiere lugar, conforme a lo expuesto en la presente decisión.

TERCERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás suplicas incoadas en su contra.

CUARTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás suplicas incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a COLPENSIONES y a favor de la parte actora, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

SEXTO: En caso de no ser apelado el presente fallo, sírtase el grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

Como fundamento de la anterior decisión, en síntesis, el juzgado señaló que los recursos de las cuales se erogan las prestaciones del SGSS del RPM no eran del tesoro público ni del presupuesto general de la nación, como se indicó en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en radicación del año 2003, precisando que el art. 128 de la CP, tenía sus excepciones a partir del art. 19 de la L. 4/92 (como lo eran las prestaciones derivadas del FOMAG), también se tiene el art. 15 y ss. de la L. 91/89 y la modificación realizada con posterioridad en el art. 279 de la L.100/93.

También manifestó que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, contemplaba 3 reglas para la apreciación de la compatibilidad o incompatibilidad, señalando que el docente afiliado a partir de la Ley 100/93 y del Acto Legislativo 01 de 2005, tenía 3 escollos: 1) que fuera

anterior a la Ley 812/2003 y a la Ley 1151 del 2007, pues en este caso seguiría vigente conforme a las normas de la L. 91/89, precisando que dentro de ese umbral quienes estuvieren afiliados al RPM entre el 27/06/2003 y el 2010 (expiración regímenes exceptuados acto legislativo) aplicaría la regla respetando edad 57 años para hombres y mujeres; 2) para docentes afiliados luego del 31 de julio de 2010, entraría en plenitud el RPM y 3) que también la C.S.J., S.C.L., ha determinado parámetros en donde se indica que si la persona trabaja como docente oficial y tiene erogación del FOMAG, pero ha trabajado con instituciones privadas esa prestación no era incompatible, por lo que el demandante tenía posibilidad de que su derecho pensional del RPM fuera analizado.

Así determinó que como el demandante nació el 6 de marzo de 1955, tenía 64 años de edad, que de acuerdo con los actos administrativos tenía 1304 semanas cotizadas, sin embargo, en el reporte de historia laboral se registraban 1.299,86 semanas, por lo que dentro de esa configuración puntualizó que debía hacerse una nueva revisión de los tiempos prestados para determinar si existió derecho al reconocimiento de la pensión, encontrando que en los periodos de tiempo por deuda presunta existían elementos de mora del empleador frente a los que debieron adelantarse acciones de cobro por el empleador, así como los de simultaneidad, los que arrojaron un total de 1319,29 semanas cotizadas, coligiendo así que se tendría derecho al reconocimiento de la prestación, a partir del 1° de agosto de 2019 (fecha de última cotización), aludiendo que como la causación del derecho fue posterior al 31/07/2010, se reconocería la pensión en 13 mesadas, teniendo en cuenta

como IBL lo consagrado en el art. 21 L.100/93, considerando toda la vida laboral y con la tasa de reemplazo del 64,5%.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante presentó recurso de apelación parcial, sustentando el mismo y señalando en sus demás argumentaciones que su inconformidad estaba relacionada con los intereses moratorios, toda vez que estos buscan sancionar aquellos perjuicios por no realizar el pago de la prestación, que en este asunto el demandante solicitó a Colpensiones el derecho el 12 de julio de 2019, por lo que se tenían 4 meses para emitir el acto administrativo de reconocimiento de la pensión, es decir, que se tenía por tarde hasta el 12 de noviembre de 2019, para tales fines, sin embargo, solo hasta la decisión del despacho se efectuó el reconocimiento, solicitando así ampliar la condena en lo relativo a los intereses moratorios.

Por su parte, el apoderado de Colpensiones, presentó el recurso de alzada contra la decisión, sustentando el mismo y señalando en sus demás argumentaciones que ratificaba los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en los alegatos presentados, señalando que de acuerdo con la resoluciones SUB 305935 de 2019 y Dpe 14546 de 2019, se estudio la viabilidad del reconocimiento de la prestación de vejez, sin que fuera posible, teniendo en cuenta que al demandante le había sido reconocida pensión de jubilación mediante la resolución No. de 2010, con efectividad del 7 de marzo de 2010, lo que imposibilitaba el reconocimiento de la pensión al operar el fenómeno de la incompatibilidad pensional entre pensiones del magisterio y las del sistema general de pensiones, frente a lo que había que manifestar que

los docentes vinculados inscritos en el escalafón docente Decreto 1278/02 y Decreto 2277/79 se les aplicaban las excepciones contenidas en la Ley 4/92, es decir las asignaciones anteriores al 18/05/1992, beneficiarían a estos docentes pensionados, así mismo se mencionó que el artículo 19 de esa norma establecía las excepciones.

De igual forma, señaló que en la circular 01/12, se esgrimen argumentos para la negación de la prestación, que la compatibilidad pensional en este caso se determinaba bajo 3 grupos de docentes clasificados según la fecha de ingreso a la actividad, así los vinculados en vigencia del decreto 1278/02, inscritos en el escalafón docente conforme al Decreto 2277/79, se les aplicaran las excepciones contenidas en el art. 19 de la L. 4/92, es decir que las asignaciones que al 18 de mayo de 1992 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 4/92) beneficiarían a esos docentes pensionados, resaltando que de acuerdo con el análisis de esas normas se concluye que existía una incompatibilidad pensional entre pensiones reconocidas por el magisterio cuando se trate de docentes oficiales que hubieren adquirido estatus pensionado con anterioridad del 18/05/1992 conforme a lo explicado se lograba concluir que la actora se vinculo al magisterio antes de la entrada en vigencia del decreto 1278/02 también es cierto que cumplido los requisitos para adquirir el estatus con posterioridad al 18/05/1992, ya que la fecha en que se adquiere el status es 20 de abril de 2012, por lo que conforme al artículo 19 de la Ley 4/92, se produce el fenómeno de la incompatibilidad pensional entre las pensiones.

De igual forma, solicita que se sirva acoger la restricción que plantea el art 128 de la C.P. en la que prohibió devengar más de 2 asignaciones del tesoro publico y tener en cuenta el

Dto. 2527/00, en el que se estableció que había obligación de solicitud de traslado de cotizaciones e información de acuerdo con el artículo 17 de la L. 549/99, que establecía que todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público al ISS serían utilizados para financiar la pensión y mencionando que en este caso además debía tenerse en cuenta lo expuesto en la sentencia SL4014-2018.

En cuanto a las agencias en derecho, solicito que la mismas fueran revocadas en virtud de que su prohiada había actuado bajo los principios buena fe y de celeridad y apegado a los principios que rigen el sistema general de pensiones para salvaguarda de los recursos del mismo.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si al demandante le asistía el derecho a que le fuera reconocida una pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 2003 y en caso afirmativo determinar si la pensión que recibe el actor por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es compatible con la pensión de vejez que reclama.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 4917 del 19 de octubre de 2010, reconoció pensión vitalicia de jubilación al actor partir del 7 de marzo de 2010, en cuantía inicial de \$1.950.942. Tampoco que Colpensiones mediante Resolución SUB 305935 del 7 de noviembre de 2019, negó la pensión de vejez al demandante, decisión que confirmó mediante

Resolución No. DPE 14546 del 12 de diciembre de 2019, actos administrativos en los que la demandada además estableció que el demandante poseía 1304 semanas cotizadas.

Para resolver, lo primero que debe tenerse en cuenta es que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, contempla las características del Sistema General de Pensiones, y allí señala en su literal c, que los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la misma ley, es decir, en la Ley 100 de 1993.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que el inciso segundo del artículo 279 ibidem, establece que las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones no se aplican a “(...) *los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración*”, por lo que en los términos de dicha norma, se tiene que las asignaciones o prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son compatibles con las que surjan del Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1993, debiéndose tener en cuenta que en todo caso como el desmonte de los regímenes exceptuados se estableció para el 31 de julio de 2010, conforme se indicó en el parágrafo transitorio 2 del acto legislativo 01 de 2005, advirtiéndose que en el caso del demandante su prestación de jubilación fue reconocida antes del desmonte de los regímenes exceptuados, no existe duda sobre la compatibilidad de su prestación.

Al respecto conviene recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha tenido ocasión de

pronunciarse en sentencia de radicación No. 40848 de 2011¹ para definir que *“los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja la pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que, al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo”*.

En la misma providencia, dijo la Corte, que los reglamentos del ISS no limitan la obligación de los empleadores de afiliar a los docentes cuando estos presten servicios en centros educativos de carácter particular; por el contrario, tales servidores son afiliados forzosos de régimen de prima media con prestación definida, criterio que había sido expuesto por la referida Corporación en sentencia de radicación No. 28164 del 19 de junio de 2008.

De lo dicho por la Corte, concluye esta sala de Decisión, que la obligación de realizar aportes al Sistema Pensional en situaciones como la que nos ocupa, tiene como consecuencia necesaria y natural el acceso del afiliado a las prestaciones que de ellos se deriven, cuando la Ley dispone expresamente la compatibilidad de prestaciones y siempre y cuando, el pago

¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011, M.P. Camilo Tarquino Gallego. “A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “(...) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes”; precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, como sucedió en el evento bajo examen, en el que los colegios “Salesiano San Medardo”, desde febrero de 1969 hasta junio de 1972, y “La Presentación” desde febrero de 1977 hasta noviembre de 2004, honraron la obligación de realizar los aportes para pensión”.

de tales prestaciones no trasgreda la prohibición del artículo 128 de la C.P. por devengar doble asignación del tesoro público.

En este punto, resulta oportuno mencionar cual es la naturaleza jurídica de los recursos administrados por Colpensiones, ya que uno de los criterios que se aducen para determinar la incompatibilidad de las prestaciones es que ambas provengan del tesoro público, debiéndose frente ello recordar, lo que nuestro máximo órgano de cierre señaló en sentencia STL1198-2019, frente a la naturaleza de los recursos administrados por Colpensiones, pronunciamiento en el que reiteró lo expuesto por la Corte en sentencias SL5792-2014 y SL4538-2018, en donde se indicó:

“(...) en relación a si la accionante no puede recibir dos pensiones del erario público, esta Corporación ha dicho que las prestaciones que tienen su fuente en el sistema general de pensiones, no provienen del tesoro público, pues sus recursos ostentan la condición de parafiscales, ya que los mismos son un patrimonio de afectación, es decir, los bienes que lo conforman se destinan a la finalidad que indica la ley; en tal sentido, sobre esos patrimonios no puede ejercerse disposición alguna, razón por la cual, solo se otorga el carácter de administradoras a las entidades que conforman los diferentes regímenes (artículos 52 y 90 de la ley 100 de 1993), a quienes se confía su gestión.

De tal manera, aun cuando el Instituto de Seguros Sociales, es el encargado de reconocer y pagar las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, esta es una situación que no apareja la propiedad del fondo económico con el que se financian esas prestaciones, pues se reitera, solo actúa como su administrador; además, aun cuando en la Constitución Política se hace una distinción de las entidades que contribuyen a conformar el tesoro público, entre ellas, las descentralizadas (de las que hace parte el ISS, por ostentar el carácter de empresa industrial y comercial del estado), solo integran dicho erario los bienes y valores que le sean propios, y como las reservas pensionales, no son de su propiedad, no hacen parte de ese concepto. Al efecto puede consultarse las sentencias CSJ SL, 27 Feb 2003, Rad. 37453, CSJ SL, 6 Mayo 2010, Rad. 37453, y CSJ SL, 19 Nov. 2013, Rad. 41306.

(...)”

De acuerdo con la jurisprudencia citada, es claro que se tiene por sentado que los recursos administrados por el ISS hoy Colpensiones, no provienen del tesoro público, aspecto que si se predica respecto de las pensiones otorgadas por el FOMAG, de manera que al no provenir ambas de la misma fuente no se contraviene ni el artículo 128 de la Constitución

Política, ni el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, que contemplan la prohibición de recibir más de una asignación del erario público.

En ese orden de ideas, y dado que los aportes efectuados por el demandante al ISS hoy Colpensiones obedecieron a servicios prestados de forma interrumpida a instituciones educativas de carácter privado y con empleadores particulares, como se señaló por el a quo y se establece en el reporte de semanas cotizadas que fue allegado, los que no tuvieron incidencia alguna para el reconocimiento de las asignaciones pensionales a cargo del FOMAG, se tiene que tales aportes le permiten acceder a una pensión de vejez regulada en el Sistema General de Pensiones, pues no existe prohibición legal para que dicha prestación a cargo del sistema se causara en su favor, siendo que su pago no desconoce el artículo 128 de la C.P.

En lo que respecta a la pensión de vejez, debe tenerse en cuenta que la misma se reclama con fundamento en los presupuestos normativos contemplados en la Ley 100 de 1993 y la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, siendo esta la norma que en efecto rige el asunto, considerado que el cumplimiento de los requisitos para adquirir el estatus pensional, acaecieron bajo dicha normatividad, bastando para ello considerar que el régimen de transición y por ende la posibilidad de conservar el régimen pensional anterior se mantuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha para la cual el actor no acreditaba el cumplimiento de los requisitos exigidos en la normatividad anterior como lo era el de la edad (60 años).

En ese orden, se tiene que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (Modif. art. 9 de la Ley 797 de 2003), establece que para tener derecho a la pensión de vejez, se debe haber cumplido 57 años de edad si es mujer o 62 años si es hombre y haber cotizado un mínimo de 1300 semanas en cualquier tiempo.

En lo que atañe al cumplimiento de la edad, se tiene que el mismo se encuentra acreditado pues los 62 años se cumplieron por el actor el 6 de marzo de 2017.

En lo que respecta a la totalidad de semanas cotizadas, si bien se adujo por el a quo que existía una inconsistencia entre lo señalado en los actos administrativos y lo establecido en el reporte de semanas cotizadas, debe señalarse que en los actos administrativos que se negó el reconocimiento pensional se estableció que el demandante poseía 1304 semanas cotizadas y si bien el reporte de semanas cotizadas que se allegó por el actor, actualizado al 31 de enero de 2020, en principio carecería de certeza probatoria en cuanto a su autenticidad conforme a lo establecido en la sentencia SL6557-2016, por cuanto dicho reporte carece de firma, no puede pasarse por alto que el total de semanas cotizadas en dicho reporte coincide con el total de semanas cotizadas que Colpensiones determinó en los actos administrativos en los que negó el derecho al demandante, por lo que puede dársele certeza probatoria, siendo que la demandada no allegó el expediente administrativo que aludió en la contestación, aspecto del que se dejó constancia en la audiencia celebrada al momento de decretar las pruebas, debiéndose en este punto señalar que si bien también se dejó constancia de la incorporación de un nuevo reporte de semanas cotizadas por la parte actora, este adolecía de la misma situación expuesta respecto del reporte actualizado al 31 enero de 2020, es decir, carecía de firma,

sin tener otro parámetro para determinar su autenticidad, por lo que en este caso debió considerarse el reporte de 2020.

Conforme a lo antes anotado, se tiene que el actor cumple con todos los requisitos para el reconocimiento pensional, por lo que se procederá a determinar el valor a reconocer por la prestación de vejez, correspondiendo calcular el IBL conforme a lo establecido en el art. 21 L. 100/93, precisándose que como señaló por el a quo el reconocimiento se hará en 13 mesadas anuales, atendiendo lo señalado en el inciso 8 y el parágrafo 6 del Acto Legislativo 01/2005. Así se solicitó apoyo al grupo de liquidadores de la Rama Judicial, quien procedió a efectuar las operaciones aritméticas para establecer el valor de la pensión, determinando lo siguiente:

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1998	343	31,210	100,00	3,204	\$ 720.489,80	\$ 2.308.522,26	\$ 26.394.104,45
1999	348	36,420	100,00	2,746	\$ 825.517,24	\$ 2.266.659,09	\$ 26.293.245,47
2001	240	43,270	100,00	2,311	\$ 448.467,50	\$ 1.036.439,80	\$ 8.291.518,37
2002	180	46,580	100,00	2,147	\$ 516.975,00	\$ 1.109.864,75	\$ 6.659.188,49
2003	90	49,830	100,00	2,007	\$ 680.790,00	\$ 1.366.225,17	\$ 4.098.675,50
2004	60	53,070	100,00	1,884	\$ 696.500,00	\$ 1.312.417,56	\$ 2.624.835,12
2013	330	78,050	100,00	1,281	\$ 600.000,00	\$ 768.737,99	\$ 8.456.117,87
2014	359	79,560	100,00	1,257	\$ 616.000,00	\$ 774.258,42	\$ 9.265.292,44
2015	360	82,470	100,00	1,213	\$ 644.029,17	\$ 780.925,39	\$ 9.371.104,64
2016	360	88,050	100,00	1,136	\$ 685.279,17	\$ 778.284,12	\$ 9.339.409,43
2017	360	93,110	100,00	1,074	\$ 733.954,58	\$ 788.266,12	\$ 9.459.193,43
2018	360	96,920	100,00	1,032	\$ 777.618,33	\$ 802.330,10	\$ 9.627.961,21
2019	210	100,000	100,00	1,000	\$ 828.082,86	\$ 828.082,86	\$ 5.796.580,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2019	\$ 135.677.226,43
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.130.643,55
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					64,8%
		Primera mesada					\$ 732.853,07
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2019	\$ 828.116,00

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1978	2	0,470	100,00	212,766	\$ 3.300,00	\$ 702.127,66	\$ 46.808,51
1979	302	0,560	100,00	178,571	\$ 4.410,00	\$ 787.500,00	\$ 7.927.500,00
1980	299	0,720	100,00	138,889	\$ 5.790,00	\$ 804.166,67	\$ 8.014.861,11
1981	303	0,900	100,00	111,111	\$ 19.826,73	\$ 2.202.970,30	\$ 22.250.000,00
1982	303	1,140	100,00	87,719	\$ 25.393,47	\$ 2.227.496,96	\$ 22.497.719,30
1983	302	1,410	100,00	70,922	\$ 38.820,89	\$ 2.753.254,90	\$ 27.716.099,29
1984	306	1,650	100,00	60,606	\$ 56.487,64	\$ 3.423.493,30	\$ 34.919.631,65
1985	283	1,950	100,00	51,282	\$ 39.310,00	\$ 2.015.897,44	\$ 19.016.632,48
1986	290	2,380	100,00	42,017	\$ 41.040,00	\$ 1.724.369,75	\$ 16.668.907,56
1987	293	2,880	100,00	34,722	\$ 69.036,14	\$ 2.397.088,31	\$ 23.411.562,50
1988	312	3,580	100,00	27,933	\$ 47.370,00	\$ 1.323.184,36	\$ 13.761.117,32
1989	1	4,580	100,00	21,834	\$ 47.370,00	\$ 1.034.279,48	\$ 34.475,98
1990	312	5,780	100,00	17,301	\$ 126.290,81	\$ 2.184.962,07	\$ 22.723.605,54
1991	315	7,650	100,00	13,072	\$ 140.886,49	\$ 1.841.653,48	\$ 19.337.361,56
1992	300	9,700	100,00	10,309	\$ 197.246,23	\$ 2.033.466,25	\$ 20.334.662,54
1993	326	12,140	100,00	8,237	\$ 265.974,57	\$ 2.190.894,32	\$ 23.807.718,29
1994	338	14,890	100,00	6,716	\$ 329.310,86	\$ 2.211.624,28	\$ 24.917.633,57
1995	270	18,250	100,00	5,479	\$ 406.888,89	\$ 2.229.528,16	\$ 20.065.753,42
1996	284	21,800	100,00	4,587	\$ 548.000,00	\$ 2.513.761,47	\$ 23.796.941,90
1997	360	26,520	100,00	3,771	\$ 601.166,67	\$ 2.266.842,63	\$ 27.202.111,61
1998	360	31,210	100,00	3,204	\$ 715.083,33	\$ 2.291.199,40	\$ 27.494.392,82
1999	348	36,420	100,00	2,746	\$ 825.517,24	\$ 2.266.659,09	\$ 26.293.245,47
2001	240	43,270	100,00	2,311	\$ 448.467,50	\$ 1.036.439,80	\$ 8.291.518,37
2002	180	46,580	100,00	2,147	\$ 516.975,00	\$ 1.109.864,75	\$ 6.659.188,49
2003	90	49,830	100,00	2,007	\$ 680.790,00	\$ 1.366.225,17	\$ 4.098.675,50
2004	60	53,070	100,00	1,884	\$ 696.500,00	\$ 1.312.417,56	\$ 2.624.835,12
2013	330	78,050	100,00	1,281	\$ 600.000,00	\$ 768.737,99	\$ 8.456.117,87
2014	359	79,560	100,00	1,257	\$ 616.000,00	\$ 774.258,42	\$ 9.265.292,44
2015	360	82,470	100,00	1,213	\$ 644.029,17	\$ 780.925,39	\$ 9.371.104,64
2016	360	88,050	100,00	1,136	\$ 685.279,17	\$ 778.284,12	\$ 9.339.409,43
2017	360	93,110	100,00	1,074	\$ 733.954,58	\$ 788.266,12	\$ 9.459.193,43
2018	360	96,920	100,00	1,032	\$ 777.618,33	\$ 802.330,10	\$ 9.627.961,21
2019	210	100,000	100,00	1,000	\$ 828.082,86	\$ 828.082,86	\$ 5.796.580,00
Total días	9118	Total devengado actualizado a:				2019	\$ 515.228.618,93
Total semanas	1302,57	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.695.202,74
Total Años	21,57	Porcentaje aplicado					64%
		Primera mesada					\$ 1.093.006,89
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2019	\$ 828.116,00

Como se observa, el cálculo realizado en esta instancia es superior a la cifra establecida por el a quo, por lo que se procederá a modificar la decisión, bajo el entendido que el valor que corresponde a la primera mesada pensional asciende a \$1.093.006,89.

Respecto al pago de intereses moratorios, lo primero que debe señalarse es que aun cuando no se advierte que los intereses moratorios fueran reclamadas en el petitum de la demanda, se aborda su estudio bajo las facultades ultra y extra petita del Juez Laboral, pues la situación fáctica expuesta está relacionada con el pago de la prestación de vejez y los intereses son derechos conexos al asunto que estaba en controversia.

Frente al tema conviene recordar que nuestro órgano de cierre, en sentencias como la SL4300-2021, ha señalado que los intereses moratorios, deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe del deudor y de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, pues lo que buscan es reparar un perjuicio ante la falta de pago total o parcial de la mesada pensional, no obstante, existen salvedades que exoneran de su imposición cuando se circunscriben a razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido.

Sin embargo, es claro que en este caso no se presentaba ninguna de las salvedades aludidas pues la compatibilidad de las prestaciones está completamente definida como se explicó antes, por lo que no existía justificación para la negativa, en consecuencia, como el inciso final del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece que *“Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses (...)”* y toda vez que en el caso bajo análisis se tiene que el actor presentó solicitud de reconocimiento pensional el 12 de julio de 2019, según se desprende de la Resolución No. SUB 305935 del 7 de noviembre de 2019, por lo que los 4 meses que se tenía para emitir el acto administrativo correspondiente se cumplieron el 11 de noviembre de 2019, de modo que los intereses moratorios en este asunto empezaron a correr desde el 12 de noviembre de 2019 y hasta el momento en que se verifique el pago, razón por la cual se procederá a modificar el numeral 1° de la sentencia en el sentido de ordenar el pago de intereses moratorios.

Finalmente, frente a la inconformidad planteada por Colpensiones respecto a la condena por agencias en derecho, debe aclararse que las costas procesales corresponden a las erogaciones económicas que debe asumir la parte que resulte vencida en un proceso judicial, que se componen tanto de las expensas como de las agencias en derecho, de suerte que como el numeral 1° del artículo 365 del CGP, impone el pago de las costas a la parte de resulte vencida, que en este caso fue Colpensiones, se procederá a confirmar la decisión en este sentido.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 14 de abril de 2021, bajo el entendido que el valor de la mesada inicial de la prestación de vejez, corresponde a \$1.093.006,89 y que en este caso también se ordena el pago de intereses moratorios, los que se causan a partir del 12 de noviembre de 2019, hasta la fecha en que se verifique el pago, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

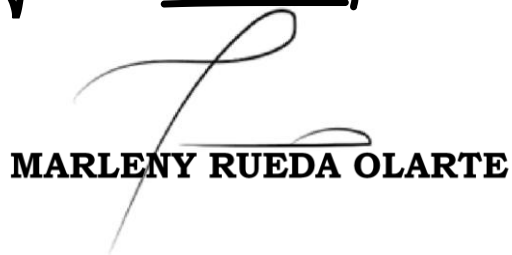
SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$400.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUIS DANIEL CHAVARRO JIMENEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

RADICADO: 11001 3105 031 2020 00416 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de septiembre de 2021. La sentencia impugnada absolvió de la totalidad de las

pretensiones y el recurso de apelación tiene por objeto se conceda la reactivación de la sustitución pensional.

En esta instancia se allegaron alegatos por el apoderado de la parte actora en los que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia, argumentando que el fallador de primera instancia negó la reactivación de la pensión de sobrevivientes que venía disfrutando el actor porque no se probó la convivencia de 5 años pero que ello se caía de su propio peso dada la fecha en que contrajo matrimonio con la causante y el nacimiento de los hijos.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que Colpensiones y Positiva Compañía de Seguros S.A. suspendieron injustificadamente al pago de su mesada pensional, que las mismas no acudieron a la jurisdicción competente para demandar la nulidad o ilegalidad del acto con el que se reconoció el derecho pensional en su favor que en la investigación administrativa realizada por el consorcio Consite, se violó el debido proceso al dejar de notificarlo personalmente y no garantizarle el derecho de contradicción y defensa, igualmente, aludió que con la resolución sub 352686 del 24 de diciembre de 2019, Colpensiones vulneró el debido proceso al omitir su notificación personal y no permitir hacer uso de los recursos establecidos en la ley.

En consecuencia, se condenara a Colpensiones a reactivar el pago de la sustitución pensional desde la fecha de retiro de la nómina de pensionados, junto con el valor del retroactivo acumulado por concepto de mesadas pensionales dejadas de pagar con sus aumentos y mesadas adicionales y a Positiva Compañía de Seguros S.A., a cancelar el valor del retroactivo con sus aumentos de ley y mesadas adicionales causadas desde la suspensión hasta su reactivación, igualmente, solicitó se condenara a las demandadas a pagar los intereses moratorios y a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que mediante Resolución No.4003 del 30 de noviembre de 1992, la empresa de Telecomunicaciones de Santa de Bogotá, le reconoció a la señora Elsa María Hernández de Chavarro, la pensión de jubilación a partir del 4 de septiembre de 1992; que mediante Resolución No. 3737 de 1994, el ISS reconoció a favor de la señora Hernández de Chavarro la pensión de vejez de carácter compartida con la ETB a partir del 16 de junio de 1993; que la señora Elsa María Hernández de Chavarro, falleció el 21 de enero de 2007; que con motivo de fallecimiento de la misma el ISS mediante Resolución No. 38047 del 28 de agosto de 2009, le reconoció sustitución pensional en calidad de cónyuge superstite, a partir del 21 de enero de 2007, en cuantía de \$2.480.135; que el 6 de febrero de 2020, acudió a cobrar su pensión, encontrando suspendido el pago y que en septiembre de 2020, recibió comunicación de Positiva Compañía de seguros informando sobre la suspensión de la mesada pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que mediante Resolución SUB 352686 del 24 de diciembre de 2019, se revocó la Resolución No. 38047 del 29 de agosto de 2008, por medio de la cual se había reconocido la pensión de sobrevivientes al actor con ocasión al fallecimiento de la Señora Elsa María Hernández de Chavarro, ello con fundamento en las pruebas e investigaciones administrativas que llevaron a concluir el incumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes por parte del demandante, consagrados en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Asimismo, resaltó que dichas pruebas establecieron incongruencias dentro de las declaraciones extrajuicio aportadas en la solicitud presentada por el Señor Luis Daniel Chavarro Jiménez, al igual que las investigaciones de campo concluyeron discrepancias que permitían observar falencias en los derechos invocados por el solicitante, lo cual legitimó el acto administrativo que revocó la resolución que reconoció la prestación al demandante, situación que aduce podía efectuar con fundamento en lo dispuesto en el artículo 243 de la ley 1450 de 2011 y la resolución N° 555 del 2015. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para

reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

Positiva Compañía de Seguros S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que se encontraba facultada legalmente para revocar la prestación económica en virtud del contrato de Seguro de Pensiones con Conmutación Pensional por haber sido reconocida la sustitución pensional de manera fraudulenta conforme a lo prescrito en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, razón por la cual no existía responsabilidad en el pago que se reclamaba por el actor. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, procedencia de la suspensión del pago de la mesada pensional, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, genérica o innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de septiembre de 2021, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante LUIS DANIEL CHAVARRO JIMENEZ a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A como quiera que el demandante no acredita el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el art 13 de la ley 797 de 2003 para ser acreedor de la pensión de sobrevivientes.

SEGUNDO: CONDENAR al demandante LUIS DANIEL CHAVARRO JIMENEZ al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES COLPENSIONES y medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

TERCERO: *CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada.”*

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probado que la señora Elsa María Hernández de Chavarro, dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes y si bien el actor acreditaba la calidad de cónyuge, no probó los 5 años de convivencia con la causante en cualquier tiempo, aludiendo que ello no era factible establecerse per se del Registro Civil de matrimonio ni por la circunstancia de que se hubiesen procreado dos hijos y que en todo caso ello tampoco fue factible establecerlo de la prueba testimonial recaudada.

Igualmente, señaló que la parte actora reprochaba la revocatoria de la prestación económica a cargo de cada una de las demandadas, frente a lo que trajo en cita lo expuesto en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 y la sentencia T-188 de 2021, relacionadas con la revocatoria de pensiones reconocidas irregularmente, de los que coligió que las demandadas si podían suspender el pago de la mesada pensional siendo que la revocatoria se hizo teniendo como fundamento el que se hizo incurrir en error y que se adujeron documentos falsos pues el registro civil de matrimonio que se aportó en su momento no correspondía al que se encontraba vigente en la notaría, pues no tenía la nota marginal en la que se registraba la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Así, concluyó que el demandante no tenía derecho al reconocimiento a la pensión de sobrevivientes a cargo de las

demandadas como quiera que debiendo probar la convivencia por lo menos durante 5 años en cualquier tiempo no lo hizo por lo que absolvió de la totalidad de las pretensiones incoadas.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia y lo sustentó exponiendo, en síntesis, los siguientes argumentos:

Que en este caso se violó el debido proceso en la investigación que realizó Colpensiones al no notificar al actor ni permitirle el derecho de contradicción y defensa sabiendo la dirección donde debía ser notificado siendo que estaba en la misma resolución, resaltando además que Colpensiones arbitrariamente revocó su propio acto retirando de nómina de pensionados al actor incumpliendo así lo dispuesto en el artículo 97 del CPACA, esto es sin el consentimiento del actor y sin acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa y que Positiva Compañía de Seguros, únicamente se acogió a los realizado por Colpensiones.

De igual forma, señaló que atendiendo la sana crítica la convivencia del señor Luis Daniel Chavarro con su fallecida esposa se acreditaba teniendo en cuenta la fecha de matrimonio y las fechas de nacimiento de sus hijos, lo que tiene un lapso superior a los 5 años.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si le es posible pronunciarse respecto a la violación del debido proceso por falta de notificación de la resolución que revocó la prestación, si Colpensiones podía revocar su propio acto administrativo y si se encontraba acreditada la convivencia de 5 años en cualquier tiempo, determinado este ultimo punto, si se accede a la reactivación de la pensión.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el actor contrajo matrimonio con la señora Elsa María Hernández de Chavarro, el 23 de diciembre de 1961; ii) que mediante Escritura pública No. 0705 del 7 de marzo de 1990, se disolvió y liquidó la sociedad conyugal de la pareja antes mencionada; iii) que la señora Elsa María Hernández de Chavarro, era beneficiaria de una pensión compartida de vejez, entre la ETB y Colpensiones, así: Resolución No. 4003 de 1992 (ETB) y Resolución No. 003737 de 1994 (ISS); iv) que la señora Elsa María Hernández de Chavarro, falleció el 21 de enero de 2007; iv) que el ISS mediante Resolución No. 38047 de 2008, reconoció sustitución pensional al actor en cuantía de \$2.480.135, efectiva a partir del 21 de enero de 2007 y v) que mediante Resolución No. SUB 352686 de 2019, Colpensiones revocó en

todas sus partes, la resolución No. 38047 de 2008, en el que se había reconocido la sustitución pensional al actor.

Tratándose del primer reparo expuesto por el recurrente, esto es, lo relacionado con la vulneración del debido proceso por la falta de notificación de la Resolución que revocó el derecho pensional al demandante, lo primero que debe resaltarse es que revisado el expediente administrativo se evidencia escrito de contestación de tutela ante el Juzgado 27 Penal del Circuito con Función de Conocimiento remitida a dicho despacho judicial en correo electrónico del 12 de marzo de 2020, de cuyo texto se desprende pronunciamiento respecto a la notificación cuestionada de la Resolución No. SUB 352686 de 2019, lo que evidenciaría el trámite ante el juez pertinente cuando la afectación recae respecto de derechos fundamentales.

Sin embargo, como se desconoce cuál fue la decisión adoptada por el juez constitucional, dado que la misma no reposa en el expediente administrativo, en gracia de discusión, debe tenerse presente que los actos administrativos gozan de presunción de legalidad, de suerte que correspondería a la jurisdicción contenciosa administrativa la revisión de la juridicidad del mismo, en lo relacionado con la verificación de los vicios que afecten la validez del mismo, como lo sería lo atinente a la violación de los derechos de defensa.

Respecto al segundo de los reparos, debe mencionarse que pese a que el artículo 97 del CPACA, que contempla la

revocatoria de actos de carácter particular y concreto establece que “(...) cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular”, no puede pasarse por alto que lo expuesto en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, esto es, la revocatoria de pensiones reconocidas irregularmente constituye una excepción expresa a lo previsto en la norma citada del CPACA, tal y como lo indicó la Corte Constitucional, en sentencia SU-182 de 2019, en la que unificó el criterio, frente a la revocatoria directa contemplada en la norma de la Ley 797 de 2003, en los siguientes términos:

“(...)

171. La Corte Constitucional ha avalado este mecanismo de control en el campo específico de las pensiones, pero ha advertido que el mismo debe ser usado razonablemente pues pone en tensión principios rectores del ordenamiento constitucional, como lo son, la buena fe y la confianza legítima, la presunción de legalidad de los actos administrativos, la protección de los derechos adquiridos, el imperio del derecho y la seguridad jurídica. Aunque la administración está autorizada a revisar sus propios actos para salvaguardar el ordenamiento de actuaciones abiertamente ilegales, su uso indiscriminado erosiona la confianza ciudadana y la credibilidad en las instituciones, y también puede llegar a afectar gravemente el mínimo vital de una persona.

172. A partir del análisis realizado en los capítulos anteriores, se concluye que es necesario precisar el alcance del artículo 19 de la Ley 797 de 2003, así como reiterar los principios y criterios trazados por la Sentencia C-835 de 2003; y complementarlos para superar las diferencias que se han producido entre las salas de revisión, de la siguiente manera:

- (i) **Solo son dignos de protección aquellos derechos que han sido adquiridos con justo título.** Según dispone el artículo 58 de la Carta Política, la protección de los derechos adquiridos, implica que su obtención se dio “con arreglo a las leyes vigentes”. Los derechos que se obtienen irregularmente no pueden aspirar a la misma protección e inmutabilidad de la que gozan los derechos obtenidos con apego a la Ley.
- (ii) **La verificación oficiosa del cumplimiento de los requisitos pensionales es un deber.** Las administradoras de pensiones o quienes respondan por el pago o hayan reconocido o reconozcan prestaciones económicas, no solo están facultadas, sino que es su deber verificar de oficio, el cumplimiento de los requisitos para la adquisición de un derecho prestacional. Sin embargo, mientras no surjan nuevos motivos o causas fundadas de duda, no puede la administración reabrir periódicamente investigaciones que afecten

derechos adquiridos, y propicien escenarios injustificados de inseguridad jurídica.

- (iii) **Solo motivos reales, objetivos, trascendentes, y verificables, que pudieran enmarcarse en un comportamiento criminal justifican la revocatoria, sin el consentimiento del afectado.** Con este criterio, la jurisprudencia busca evitar que el ciudadano quede al arbitrio de la administración. La simple sospecha, inconsistencias menores en el cumplimiento de los requisitos, o debates jurídicos alrededor de una norma, no habilitan el mecanismo de la revocatoria unilateral. Estos motivos deben ser lo suficientemente graves como para que pudieran enmarcarse en una conducta penal.
- (iv) **No es necesario aportar una sentencia penal para desvirtuar la buena fe del beneficiario de la pensión.** Los supuestos que trae el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 deben entenderse como el resultado de conductas u omisiones especialmente graves, al punto que pudieran enmarcarse en algún tipo penal; y no simplemente tratarse de discrepancias jurídicas, o inconsistencias menores en el cumplimiento de los requisitos. Esto supone un estándar alto de prueba a cargo de la administración, pero no implica una suerte de prejudicialidad, que restrinja la actuación de la administración a la espera que se produzca una sentencia penal condenatoria.
- (v) **Tampoco hace falta que el afiliado sea el que haya concertado o inducido en error a la administración, pues el ordenamiento jurídico sanciona a quién se aprovecha de estos escenarios.** El cumplimiento de las normas es un presupuesto básico del Estado social y democrático de derecho. Actuar con rectitud y honestidad es una exigencia que se deriva del principio general de la buena fe y que permite crear un ambiente de confianza mutuo, imprescindible para el buen funcionamiento del sistema pensional. El orden constitucional no protege la posición de quien pretende aprovecharse del error o infortunio ajeno para obtener un beneficio particular.
- (vi) **Sujeción al debido proceso.** La administración o autoridad competente no puede suspender un derecho pensional, sin antes haber agotado un debido proceso que garantice al afectado su defensa. En este proceso, la carga de la prueba recae sobre la administración a quien corresponde desvirtuar la presunción de buena fe que cubre al pensionado. Durante el mismo, debe prestarse especial atención a los principios de la necesidad de la prueba, de la publicidad y la contradicción. Frente a una “censura fundada” de la administración, la carga de la prueba se traslada al afiliado.
- (vii) **El derecho fundamental al habeas data y la prueba supletiva de la historia laboral.** Tanto el empleador como las administradoras de pensiones son las principales responsables de velar por la correcta expedición y custodia de los certificados que den cuenta fielmente de la trayectoria laboral de una persona. Pero, teniendo en cuenta que aún subsisten fallas en el manejo de la información, las administradoras de pensiones no pueden, sin más, modificar la historia laboral de un afiliado, salvo que cuenten con una “justificación bien razonada” y sujeta a un debido proceso. El afiliado, por su parte, está en el derecho de controvertir el dictamen de la administración, y para ello podrá hacer uso de los medios supletivos de prueba a su alcance. El análisis del nivel de certeza que ofrecen estos medios alternos deberá hacerse caso a caso, y teniendo en cuenta, también, que la tutela no es el escenario para adelantar un examen probatorio a fondo, ni reemplaza la competencia del juez ordinario, quien tiene la palabra definitiva.

- (viii) **El procedimiento administrativo de revocatoria no debe entenderse como un escenario puramente adversarial.** Atendiendo las fallas históricas en el manejo de la información laboral, y considerando que el trabajador es la parte débil del sistema, las administradoras de pensiones no pueden asumir el procedimiento de revocatoria como una instancia meramente adversarial. Están obligadas a utilizar sus competencias de investigación e inspección, incluso de oficio, para corroborar o desestimar los argumentos y pruebas que ponga de presente el trabajador. En caso de que el afiliado allegue algún medio de prueba que soporte razonablemente su versión, no se podrá revocar su derecho, hasta tanto la administración agote los medios a su alcance para verificar las pruebas e intentar aproximarse a la realidad fáctica de lo sucedido.
- (ix) **Efectos de la revocatoria.** La revocatoria directa solo tiene efectos hacia el futuro (*ex nunc*). La administración no puede recuperar los dineros que haya girado en una maniobra fraudulenta a través de este mecanismo, sino que debe acudir al juez administrativo, quién sí es competente para retrotraer todas las consecuencias que ocasionó un acto administrativo contrario a derecho.
- (x) **Alcance de la revocatoria y recurso judicial.** La revocatoria unilateral es un mecanismo de control excepcional promovido por la propia administración. Esta no resuelve definitivamente sobre la legalidad de un acto administrativo, ni tiene la competencia para expulsar del ordenamiento un acto pensional y retrotraer sus efectos. Tanto la administración como los particulares podrán acudir ante el juez competente para resolver de forma definitiva las diferencias que surjan en torno a un reconocimiento pensional.

173. En los términos descritos, la Sala Plena unifica su jurisprudencia en relación con la figura de la revocatoria directa para asuntos pensionales, según el marco normativo dispuesto por la Ley 797 de 2003, y demás normas relevantes.”

En ese orden de ideas y conforme al precedente citado, debe interpretarse que la revocatoria directa de pensiones reconocidas irregularmente no tiene la capacidad de retirar el acto administrativo del ordenamiento y retrotraer sus efectos, pues para ello se debe acudir ante el juez ya que este es el único que puede resolver de forma definitiva las diferencias suscitadas respecto del reconocimiento pensional.

Bajo el anterior lineamiento, no existe duda que corresponde al juez laboral dirimir tal controversia, así atendiendo los supuestos fácticos del asunto, el derecho reclamado se regula por la Ley 100 de 1993 y las modificaciones introducidas a la misma, por la Ley 797 de

2003, toda vez que la muerte de la señora Elsa María Hernández de Chavarro, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (21 de enero de 2007).

Así, se tiene que el **numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993** (Modificado artículo 12 de la Ley 797 de 2003), consagra que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado que fallezca.

A su turno, el **artículo 47 de la Ley 100 de 1993** (modificado artículo 13 de la Ley 797 de 2003), consagra quienes pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo.¹ Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento

del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; (...)”

De la anterior normativa se colige que cuando la pensión de sobrevivientes se causa por la muerte de un pensionado, se tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes cuando se acredite la convivencia con el o la causante por espacio de 5 años y que la pensión sería vitalicia cuando el cónyuge, compañera o compañero permanente tuviera mas de 30 años al momento del fallecimiento, aspectos que cumple el demandante.

Tratándose del cónyuge supérstite se debe acreditar un tiempo mínimo de convivencia de 5 años continuos en cualquier tiempo, tal y como se ha indicado por la C.S.J., S.C.L. entre otras en la sentencia No. SL1399-2018, en donde se indicó: *“(...) En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto.”*, por lo que el argumento aducido por la recurrente carece de sustento.

Ahora bien, frente a esta última expresión *“que el vínculo se mantenga intacto”*, resulta indispensable tener en cuenta que nuestro máximo órgano de cierre, en sentencia SL3251-2021, puntualizó lo siguiente:

“(...) ”

En este punto, se hace necesario advertir que si bien la sociedad conyugal constituye el régimen patrimonial del matrimonio y nace de él, su disolución y liquidación no pone fin al vínculo matrimonial, como equivocadamente lo entiende la recurrente, pues aquel continúa vigente hasta tanto se declare su nulidad o se presente una de las causas de disolución previstas en el art. 152 del CC, norma que establece que el matrimonio civil se disuelve por la

muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado, mientras que el religioso por el decreto de la cesación de sus efectos civiles y, además, por los cánones y normas correspondientes al ordenamiento religioso. En este asunto, la única de esas causales que se evidencia probatoriamente, es la muerte de uno de los cónyuges.

(...)”

De conformidad con el precedente citado, se tiene entonces que la disolución y liquidación de la sociedad conyugal que se efectuó en este caso no ponía fin al vínculo matrimonial entre el actor y la causante, por lo que el mismo se encontraba vigente a la fecha del fallecimiento de la señora Hernández de Chavarro, pues no existe anotación o registro sobre la cesación de efectos civiles del matrimonio contraído, debiéndose resaltar que aunque se reprocha por Colpensiones la falsedad de documentos por haberse aportado el registro civil de matrimonio en forma incompleta respecto a las anotaciones sobre disolución y liquidación, en todo caso, ello conforme a los precedentes citados no acarrearán una pérdida del derecho.

Ahora bien, en cuanto a la convivencia, se tiene que el único indicio existente sobre la misma, es la procreación de los hijos en común que tuvo el actor con la causante, de nombres Daniel Chavarro Hernández y René Chavarro Hernández, frente a los que no se allegaron oportunamente los registros civiles de nacimiento, sin embargo, a pesar que de la información que reposa en el expediente administrativo que se allegó por Colpensiones, se desprende que los hijos nacieron en los años 1962 y 1964, en todo caso, no alcanzarían a acreditar el requisito de convivencia de los 5 años siendo que presumiendo la misma desde la fecha de matrimonio, acaecerían el 23 de diciembre de 1966.

Adicionalmente, revisado el expediente administrativo no se encontró documental alguna de la que se pudiera colegir la continuidad de la convivencia luego del matrimonio pues no reposa alguna declaración de la causante sobre el particular, ni reposa registro como beneficiario del actor para salud o ante el mismo ISS.

Asimismo, se advierte que del único testimonio recaudado, señor Otilio Pineda González, aunque menciona conocer al actor desde hacía 60 años y da cuenta que la causante y el demandante convivieron durante mucho tiempo, no permite establecer con claridad el espacio de tiempo en que se dio tal convivencia, ni cuando empezó, ni cuando finalizó e incluso se contradijo cuando se le preguntó para la fecha de fallecimiento con quien vivía la causante ya que primero adujo que no sabía y luego mencionó que con el demandante y tampoco resulta determinante la frecuencia con que visitaba a la pareja, pues señaló que lo hacía esporádicamente e incluso afirmó que desde el tiempo que la causante tuvo el derrame cerebral y quedó en silla de ruedas hasta su fallecimiento no los visitó y residía fuera de la ciudad (Boyacá), lo que según la afirmación del demandante en su interrogatorio obedecería aproximadamente a 17 años, sin que pudiera entonces acreditarse la convivencia de 5 años en cualquier tiempo exigida en la norma.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que de lo expuesto en sentencia SL4555-2020, se colige que cuando se trata de pensiones compartidas no puede entenderse que surgen dos pensiones diferentes, una extralegal y otra legal, sino que para asegurar el pago de la mayor cuantía en que se hubiese reconocido la pensión por el empleador se determinó que si el valor que cancelaba directamente el empleador era superior a la que reconociera el ISS, el empleador quedaría obligado a reconocer la diferencia y que en todo caso la pensión de vejez que otorga la entidad administradora sería la que se mantendría en toda su identidad de manera que aunque el empleador conservará el pago del mayor valor no tendría la connotación de una prestación pensional distinta a la de vejez reconocida, por lo que claramente la decisión adoptada por Colpensiones involucraba necesariamente a la ETB.

De conformidad con lo antes anotado y al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por la Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios, se observa que la misma, se ajusta en un todo a la realidad procesal, por lo que se procederá a confirmar la sentencia impugnada.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

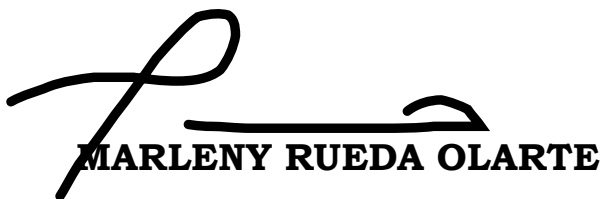
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de septiembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo del demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

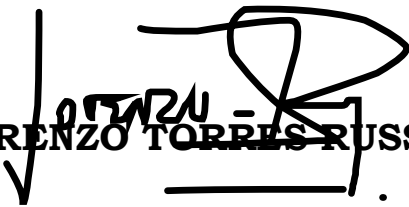

LORENZO TORRES BUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JAVIER
EDUARDO GUZMAN GUERRERO CONTRA BANCOLOMBIA**

RADICADO: 11001 3105 036 2016 00140 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de abril de 2021. La sentencia impugnada declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes y absolvió de las pretensiones

restantes, el recurso de apelación tiene por objeto se concedan las pretensiones reclamadas, se verifique el descuento no autorizado y se absuelva de las costas.

En esta instancia se allegaron alegatos por la demandada en los que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia, solicitando confirmar la decisión, por cuanto se logró acreditar que el despido se hizo con justa causa, en razón a la falta grave cometida por el actor, al realizar el retiro parcial de fiducia de una clienta de la entidad bancaria por valor de \$147.500.000, retiro que generó una alerta al interior del Banco el 05 de febrero de 2015 por la reclamación presentada por la titular de la cuenta y que ante tal situación realizó investigación administrativa que finalizó el 11 de marzo de 2015 mediante informe de seguridad en el que se concluyó que había ocurrido una suplantación de identidad, estando acreditado que el accionante quien desempeñaba el cargo de auxiliar operativo al interior del Banco no siguió los procedimientos establecidos, en especial lo relacionado con el proceso de “retirar y cancelar recursos de los Fondos de Inversiones”, específicamente la actividad de verificación de los soportes de la operación y el documento de identidad de la persona que retira el dinero, ello en caso que la transacción de retiro o cancelación tenga un valor igual o superior a \$100.000.000, debiéndose aplicar el procedimiento de “Who is Who” al titular.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto de que se declarara que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido durante el periodo comprendido entre el 16 de junio de 2008 y el 25 de marzo de 2015, cuando por decisión unilateral y sin justa causa el demandado dio por terminado el contrato y que a la terminación del contrato no se pagó la totalidad de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones debidas, en consecuencia, se condenara al demandado a pagar reliquidación de cesantías e intereses a las cesantías, a la indemnización convencional por despido injusto (art. 38 CCT vigencia 1999-2001), a las facultades ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que prestó sus servicios al demandando durante 6 años 9 meses y 9 días; que el último cargo desempeñado fue el de auxiliar integral de servicios; que el último salario promedio devengado ascendió a \$2.570.296; que el contrato terminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte de Bancolombia S.A.; que su empleador adujo como justa causa que incumplió funciones y responsabilidades del cargo de auxiliar de operaciones, en especial lo relacionado con los procesos de retirar y cancelar recursos de los fondos de inversión, específicamente la actividad de verificar los soportes de operación y documento de identidad en caso que la transacción tuviera un valor igual o superior a \$100.000.000 debe aplicar who is who al titular; que en la descripción del cargo no estaba relacionada la

función que se le imputa y que su cargo no era el de auxiliar de operaciones; que el 25 de marzo de 2015, fue despedido sin el agotamiento del procedimiento para sanciones que contempla el artículo 115 del CST y del artículo 26 de la CCT.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demandado contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que la terminación del contrato de trabajo del demandante, obedeció a la configuración de una justa causa por lo que no se causó la indemnización por despido convencional pretendida, además hizo énfasis en que liquidó y pagó la totalidad de los salarios y prestaciones sociales y señaló que durante la vigencia de la relación laboral el actor adquirió obligaciones crediticias en virtud de las cuales autorizó el descuento mensual de su salario y en el evento de producirse la terminación del contrato la deducción de las sumas resultantes de su liquidación a fin de no ser trasladadas a su acreedor, también mencionó que consignó el valor de las cesantías durante la vigencia de la relación laboral.

Propuso las excepciones de mérito que denominó existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, calificación de falta grave por los contratantes, falta de título y causa, inexistencia de las obligaciones reclamadas, enriquecimiento sin causa, mala fe del demandante, pago, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de abril de 2021, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JAVIER EDUARDO GUZMÁN GUERRERO y BANCOLOMBIA S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 16 de junio de 2008 y el 25 de marzo de 2015.

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

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS al demandante. Inclúyase en su liquidación la suma de \$800.000 a título de agencias en derecho.

CUARTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo demandante.

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probado que el demandante incurrió en las conductas u omisiones endilgadas y los preceptos e instrucciones emitidas por su empleador, siendo que no había soporte o registro alguno que demostrara que el accionante hubiese agotado o realizado en debida forma el proceso de autenticación who is who (el que era obligatorio adelantar para todos los movimientos superiores a los 100 millones de pesos incluso cuando se relacionaban con encargos fiduciarios), ya que conforme lo reseñaron los testigos, siempre que se realizaba un procedimiento en las terminales y sistemas quedaba el registro respectivo.

Así, señaló que las conductas desplegadas se encuadraban dentro del incumplimiento de las obligaciones señaladas en los numerales 1° y 5° del artículo 60 del RIT de Bancolombia, así como, también se encontraban dentro de las justas causas

para dar por terminado el contrato establecidas en los literales c y d del artículo 67 del RIT y en los numerales 11 y 13 del contrato de trabajo. En ese orden, concluyó que como esas faltas están calificadas como graves tanto en el RIT como en el contrato de trabajo, no debía entrar a calificar o graduar esa conducta u omisión y en consecuencia al verificarse que ocurrió pues tenerla por estructurada como sucedía en este asunto, trayendo a colación la sentencia SL4367-2018.

Respecto al incumplimiento del procedimiento disciplinario reseñado en la CCT para aplicar sanciones, recordó que el despido o la terminación del contrato de trabajo no podía ser entendido como una sanción disciplinaria y por ello no estaba sujeto a un trámite previo legal o convencional salvo que así se hubiese acordado, conforme se exponía en sentencia SL2351-2020, lo que se encontraba descartado para el caso, pues revisado el texto convencional este aplicaba para sanciones y como lo terminación del contrato por justa causa no se consideraba una sanción conforme se exponía en sentencia SL1981-2019, la terminación no se encontraba sujeta a un trámite previo, evidenciándose en todo caso, que la demandada le dio la oportunidad al trabajador de defenderse y manifestar lo que considera pertinente respecto a los hechos que motivaron la terminación del contrato (entrevista del 25 de marzo de 2015).

Finalmente, frente a la reliquidación de cesantías e intereses a las cesantías aludió que el actor no precisó en qué consistía la inconsistencia, que verificada la liquidación y las respuestas otorgadas por Protección S.A, se advertía que el

valor de la cesantía parcial del año 2015 que le fue cancelada, correspondía efectivamente a la fracción a pagar y que se hizo la consignación al fondo correspondiente, refiriendo que lo que se pudo entender respecto de la inconformidad del actor según lo mencionado por este en el interrogatorio de parte obedecía a unos descuentos que le fueron practicados por un préstamo con el fondo de empleados pero que esa situación no podía entrar a analizarse ya que nada de ello se refirió de manera concreta en los hechos que sustentaron las pretensiones ni fue establecido al momento de fijar el litigio.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia y lo sustentó exponiendo, en síntesis, los siguientes argumentos:

Que el actor en su interrogatorio de parte manifestó que él no tenía la obligación de seguir el procedimiento who is who y habiendo tenido esa obligación pues era necesario que se indagará a partir de la petición la señora Carmenza Vais Cuellar, siendo que se devolvió el dinero con la sola reclamación que la misma presentó sin que se iniciara algún proceso penal por el desfalco; que frente a la obligación de seguir el procedimiento who is who se indicó en la investigación adelantada por el banco que se llenaron todos los requisitos para el mismo de suerte que no apareciera en la lista de los trámites que se hicieron el día 19 de enero corroboraba que la obligación no era del trabajador sino del director administrativo ya que este era quien debía colocar en

el registro esa operación, siendo este quien ordenó la elaboración del cheque y autorizó la entrega del mismo.

De igual forma, resaltó que en la referida investigación se indicaba que la firma no coincidía con la registrada, pero que coincide la primera parte, lo que generaría duda porque podría tratarse de una equivocación de la cliente; que haciendo un cotejo de la conducta endilgada con lo establecido en el literal a del artículo 6 del artículo 62 del C.S.T., se tiene que la conducta no se circunscribe dentro de lo establecido en la norma o en prohibiciones del trabajador conforme a lo establecido en los artículos 58 y 60 del C.S.T., que contempla una conducta bastante genérica dentro de la que no se inscribe la endilgada al trabajador lo que también ocurre con las señaladas en el RIT.

También manifestó que a pesar que había una jurisprudencia reiterativa respecto a que el despido no era sanción, habían interpretaciones judiciales contrarias y por tanto no había doctrina probable, así podría considerarse el despido como la máxima sanción y debía estar sujeta al procedimiento para sanciones contemplado en el art. 115 del C.S.T. y de la CCT. Finalmente, manifestó que el Banco efectuó un descuento arbitrario de las cesantías del trabajador, siendo este el único recurso que tenía el trabajador para sobrevivir y pese a que el fondo de empleados, contaba con todas las garantías para hacer efectivo el pago de la obligación, por lo que no podía excusarse que eso no era tema del proceso, porque se trataba de un descuento no autorizado.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si el contrato de trabajo del actor terminó por justa causa, así como las circunstancias que rodearon esa desvinculación para establecer si procede o no la indemnización por despido convencional reclamada.

En esta instancia no se encuentra en discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual estuvo vigente desde el 16 de junio de 2008 y hasta el 25 de marzo de 2015, pues así lo aceptó la convocada a juicio al dar contestación a la demanda y se corrobora documentalmente. (fls.20-21 y 28-31)

Igualmente se encuentra demostrado que la terminación del vínculo laboral obedeció a la decisión unilateral de la sociedad demandada, con fundamento en las razones expresadas en la comunicación fechada el 25 de marzo de 2015. (fl. 360-362)

Es necesario considerar que según lo establecido por el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, existen unas circunstancias que dan lugar a justa causa para terminación del contrato de trabajo por cualquiera de las partes, las que se encuentran determinadas en el artículo 62 del C.S.T.

También se debe tener cuenta que en reiteradas ocasiones la H. Corte Suprema de Justicia, ha dicho que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa en que se apoyó esa decisión, y para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato debe comprobar que existió una de las causales señaladas en la ley.

Igualmente ha sostenido la jurisprudencia que para calificar como justo el despido, es necesario motivarlo en causal reconocida por la ley, y probar en juicio la veracidad de la misma, adicionalmente se deben cumplir las formalidades o ritos necesarios plasmados en normas laborales, convencionales o en reglamentos internos y en caso de no observarse dichos procedimientos el despido puede ser calificado como ilegal, aunque exista la justa causa que lo motive.

De acuerdo a la normatividad que prescribe lo referente a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales pertinentes, se prevé que esta circunstancia, la de la terminación por justa causa, es procedente siempre y cuando el empleador demuestre en el juicio que el trabajador incurrió en alguna de las causales consagradas en la ley para dar por terminado el vínculo y que la conducta es de tal entidad que ameritó la desvinculación y por consiguiente, que el hecho de finiquitar unilateralmente la relación laboral deviene directamente de esa disposición que faculta al empleador para dar por terminado el contrato

de trabajo con justa causa, sin que medie sanción alguna por la decisión tomada a quien se ampara en una causa legal. Siendo obligación del empleador expresarle al trabajador en forma clara y concisa la causa o motivo que lo llevó a tomar esta determinación, calificando la falta adecuadamente como trascendental y capaz de romper el vínculo contractual que los une.

Ahora bien, en cuanto a la terminación del vínculo laboral del demandante, como se mencionó, al expediente fue incorporada la carta determinación aludida, por medio de la cual se informó al actor la terminación del contrato de trabajo, y que esta se adoptó con fundamento en justa causa, de acuerdo con lo previsto “(...) *el artículo 7 del Decreto L. 2351 de 1965, literal a) numeral 6) en concordancia a este último con el artículo 58 numeral 1) del Código Sustantivo del Trabajo y con los artículos 55 Literal e), 60 numeral 1) y 67 literales c) y d) del Reglamento Interno de Trabajo de la institución.*”.

En dicha carta además se le indicó al actor que incumplió con las funciones y responsabilidades del cargo de auxiliar de operaciones en especial lo relacionado con el proceso de retirar y cancelar los recursos de los fondos de inversión especialmente verificar los soportes de operación y documento de identidad en caso que la transacción de retiro o cancelación tuviera un valor igual o superior a \$100.000.000 se debía aplicar el procedimiento who is who al titular omisión que generó una pérdida económica para el banco de \$147.500.000, recordando que dentro de las funciones del trabajador se encontraban las de atender y procesar las

operaciones definidas para el área de auxiliar integral de servicios cumpliendo con las normas, procedimientos y políticas establecidas.

Se aprecia a folios 357 a 358, acta de entrevista realizada el 25 de marzo de 2015, por el señor Javier Eduardo Guzmán, diligencia en la que se solicitó al actor informara sobre el procedimiento adelantado para el retiro efectuado en el encargo fiduciario por valor de \$147.500.000 y también se consulta sobre el procedimiento who is who, aduciendo que lo contemplado en la compañía fue adelantado en forma completa y que incluso tenía la copia del que se le hizo firmar al cliente sobre el particular, sin embargo, en el informe de la Dirección de Seguridad Corporativa - investigación No. 1281/2015 (fl. 333 y ss.) se concluyó que la firma de la cliente fue imitada sin que se necesitara de tiempo considerable o herramientas especiales para determinar la inconsistencia y que el auxiliar de servicio que atendió el retiro omitió el procedimiento who is who, como se evidencia de los registros de consulta efectuados a la cliente, aspecto que siempre generaba un registro en el sistema como lo refirieron los testigos Martha Lucía Cuervo Gómez e Iván Darío Martínez Reyes en sus declaraciones.

Tampoco existen dudas respecto a que el actor debía verificar los soportes de la operación, contra el documento de identidad del titular y emplear el aplicativo who is who, conforme se colige de la comunicación de fecha 16 de junio de 2008 (fls. 185-187), en la que se ratifica que desde la fecha el actor ejercía el cargo de auxiliar integral de servicios, teniendo

como funciones entre otras las de “4. Recibir y procesar transacciones con cheques, cumpliendo con los procedimientos definidos para tal fin”, “7. Custodiar, actualizar y archivar las tarjetas de firmas” y 19 “Informar a su superior inmediato toda irregularidad que observe en su ámbito de trabajo o en el curso normal de los negocios o de las operaciones bancarias”; acta de entrega implementos para auxiliar integral de servicios (fl. 306); Descripción de CMP44 autenticar cliente con who is who (fls. 246 - 249); Correo electrónico dirigido a los líderes y directores de servicio de Bancolombia en que se informa sobre la implementación en todas las sucursales a nivel nacional del “proceso de autenticación de clientes con el aplicativo who is who” (fl. 324 – 327) y lo expuesto en el acta de entrevista del 25 de marzo de 2015, en la que alude que a penas el cliente le entrega los formatos y la cédula original procede a hacer la verificación y señaló que hizo completo el procedimiento de who is who, de lo que resulta claro para esta sala que eran de conocimiento del actor.

Con las precisiones anteriores y atendiendo los reparos expuestos por el recurrente, debe indicarse que no se requiere que se adelante una investigación penal a efectos de establecer que se presentó la suplantación expuesta por la cliente, pues para corroborar lo indicado por la misma, se adelantó la investigación interna por el área de seguridad, siendo que el proceso penal está encaminado a determinar la posible responsabilidad penal de quienes participaron en el presunto ilícito, que en este caso serían los suplantadores o quien a su juicio considerara podría ser responsable de la

conducta, siendo evidente que los perjuicios para la entidad bancaria no son solo serían económicos sino también frente a su buen nombre, tampoco se requiere el mismo para establecer si existió un incumplimiento de obligaciones y/o prohibiciones por parte del trabajador o si se generó la comisión de una falta grave, pues para ello solo se requiere la configuración de la conducta y que la misma esté previamente contemplada en contratos, manuales, reglamentos, por mencionar algunos, a efectos de advertir si hubo un incumplimiento en obligaciones, prohibiciones o la comisión de una falta grave.

En lo relativo a que la obligación de adelantar los trámites para efectuar la transacción no eran solo del actor sino también del director administrativo, debe señalarse que de acuerdo con lo establecido en el procedimiento para la autenticación de clientes con who is who y lo mencionado por la testigo Martha Lucia Cuervo, la autenticación en dicho aplicativo debía adelantarse en transacciones superiores a \$100.000.000, aspecto que incluso reconoció el actor debía adelantar para el asunto conforme se colige de lo indicado en el acta de entrevista, debiéndose precisar que aunque la testigo ya mencionada y el testigo Iván Darío Martínez, señalaron que para que se pudiera dar el movimiento se requería el aval del director, ello no eliminaba la responsabilidad que tenía el actor de adelantar los procedimientos para la comprobación del cliente y si bien eventualmente podría tratarse de una responsabilidad compartida esto no lo exoneraba de la misma.

De otra parte, respecto a que la inconsistencia en las firmas no era evidente, se acudió a los informes de investigación adelantados en los que se aprecian diferencias notorias entre la firma autentica registrada en el banco y la registrada en los soportes de la operación, lo que debió haber generado por lo menos una alerta y un examen más acucioso para la realización efectiva de la transacción, resaltándose que según la testigo Martha Lucia Cuervo, en eventos de duda podía solicitar en cuanto a las firmas una segunda opinión.

En cuanto a que las conductas no se enmarcaban dentro del marco normativo citado, se tiene que en la carta de terminación del contrato se aduce como justa causa el numeral 6 del literal a del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, aduciendo de un lado el incumplimiento grave de obligaciones y/o prohibiciones por parte del trabajador conforme a lo expuesto en el artículo 58 (numeral 1º) del C.S.T. y a los artículos 55 (literal e) y 60 (numeral 1º) del RIT, y, del otro, la comisión de faltas calificadas como graves en el RIT que acarrean la terminación del contrato, contempladas en los literales c y d del artículo 67, es decir, que se endilgan dos tipos de situaciones.

Sobre el particular conviene recordar que frente a estas dos situaciones, esto es, i) la violación grave de las obligaciones y prohibiciones que tiene el trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del CST y ii) incurrir en cualquier falta que se encuentre calificada como grave en reglamentos, pactos, convenciones se ha pronunciado nuestro órgano de cierre, entre otras en sentencias de Rad. No. 35105 de 2003, SL670-

2018 y SL2286-2021, de donde se colige que en la primera de las situaciones le corresponde al juzgador calificar la gravedad de la conducta, mientras que en la segunda no le es posible al juez valorar la conducta por cuanto esta ya fue efectuada por las partes de modo que debe limitarse a verificar la ocurrencia de la misma.

En ese orden, como en el caso bajo análisis se presentan ambas situaciones, se analizará en primera medida, lo relacionado con la segunda de las situaciones al ser ésta resultado de la valoración de las partes, sea lo primero indicar que en el expediente se acredita que al actor le fue entregado el RIT, como se deduce de la comunicación visible a fl. 183, el cual contempla en su artículo 67, literales c y d, las siguientes faltas graves:

“ARTICULO 67. Se califican como graves y dan, por tanto, lugar a la terminación del contrato por decisión unilateral del Banco, por justa causa, además de las establecidas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo o en el contrato de trabajo, las siguientes faltas:

(...)

c. Poner en peligro, por actos u omisiones la seguridad de las personas o de los bienes del Banco o de los bienes de terceros confiados al mismo.

d. No cumplir oportunamente las prescripciones que para la seguridad de los locales, los equipos, las operaciones o los dineros y/o valores de la empresa o que en ella se manejan, impartan las autoridades del Banco.

(...)”.

Así atendiendo las omisiones desplegadas por el actor, referidas en líneas anteriores y considerando que las mismas se enmarcan dentro de las faltas graves antes citadas, dado que evidentemente acarrearán el incumplimiento de los mandatos sobre seguridad establecidos en el banco para la

realización de operaciones, se concluye que la terminación del contrato se dio amparada en una justa causa.

En lo referente a que en este caso para poder terminar el contrato debió haberse tramitado el proceso disciplinario convencional previo, debe mencionarse que contrario a lo aducido por el recurrente, nuestro Tribunal de cierre tiene como criterio pacífico que el despido no tiene carácter sancionatorio y por ende no se debe agotar un procedimiento de este tipo salvo que así se hubiese acordado entre el empleador y los trabajadores.

Sobre el particular puede consultarse entre otras la sentencia SL2351-2020, en donde se precisó “La Sala tiene asentada la regla general de que el despido no tiene carácter sancionatorio, por lo que, para adoptar una decisión de esta índole, el empleador no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, salvo convenio en contrario, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa. Ver en este sentido, entre otras, la sentencia CSJ SL13691-2016, reiterada en la CSJ SL 1981-2019”, criterio que acoge la sala, en esa medida y como en todo caso en el presente asunto la CCT vigente contempla el procedimiento disciplinario para sanciones, y dado que el despido no es sanción como se explicó antes, se tiene que en este caso no debía agotarse el procedimiento reclamado por el recurrente.

En lo que tiene que ver con el argumento relativo al descuento realizado de las cesantías con destino al fondo de empleados, debe indicarse que el a quo mencionó que como esta inconformidad la expuso el demandante en el interrogatorio de parte vertido, siendo que en la demanda la misma no fue expuesta, ni tampoco fue objeto de la fijación del litigio no podría entrar a realizar pronunciamiento pues no fue objeto de discusión dentro del proceso y de hacerlo se vulneraría el debido proceso.

Para resolver lo antes mencionado conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL2266-2022, se pronunció respecto del principio de consonancia señalando que si bien el Tribunal debía circunscribir su análisis a las materias de la apelación, no se estaba limitado a la literalidad de las reclamaciones sino a la fundamentación y demostración que se hiciera sobre estas pero que en todo caso las mismas debían estar en congruencia con lo pedido, controvertido y acreditado en el proceso, así las cosas y cómo estas condiciones no se cumplen como se expuso por el a quo, se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Finalmente, en lo relacionado con la condena en costas debe aclararse que las mismas corresponden a las erogaciones económicas que debe asumir la parte que resulte vencida en un proceso judicial, conforme se establece en el numeral 1° del artículo 365 del CGP, por lo que resulta ajustada la condena efectuada, especialmente cuando la situación de pobreza no fue acreditada durante el trámite de la acción,

pues incluso hasta en la actualidad se actuó por intermedio de apoderado de confianza.

De conformidad con lo antes anotado y al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por el Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios, se observa que la misma, se ajusta en un todo a la realidad procesal, por lo que se procederá a confirmar la sentencia impugnada.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

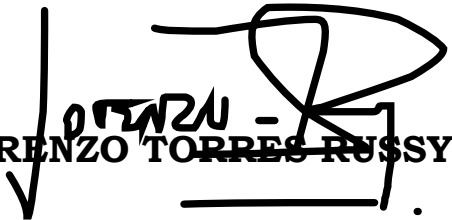
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de abril de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

ACLARO VOTO


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000. Inclúyase en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SALUD TOTAL EPS S.A. CONTRA NACIÓN MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. como integrantes del Consorcio SAYP 2011, GRUPO ASESORIA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A. - ASD S.A., SERVIS OUTSOURCING INFORMATICO SAS - SERVIS SAS y CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS SAS como integrantes de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA.

RADICADO: 11001 3105 038 2016 00089 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de

apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de enero de 2021. La sentencia impugnada absolvió de todas las pretensiones de la demanda y el recurso de apelación tiene por objeto se concedan las pretensiones reclamadas.

Se conoce del presente asunto en virtud de la definición de competencias que en su momento realizó la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con anterioridad a la definición contenida en los autos CC- A389 del 22 de julio de 2021 ratificado en el A744-2021, mediante los cuales la Corte Constitucional definió que las pretensiones de recobros por servicios no POS, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En esta instancia se allegaron alegatos por la ADRES en los que solicitó confirmar la decisión, señalando que la finalidad de la acción no era otra que obtener pago por parte la Nación, argumentando que existe un daño emergente derivado de la negativa al pago de los recobros presentados; agrega que en ningún escenario se puede considerar la existencia de este tipo de perjuicio ante la negativa de un pago de aquello que nunca se ha adeudado, resaltando que no se ha generado derecho alguno para la demandante frente a los recobros debatidos, por cuanto los mismos resultaron objetados por la auditoría debido a que no cumplieron con los requisitos establecidos en la normatividad que se encarga de regular el procedimiento de recobros al momento de su presentación ante el FOSYGA (hoy ADRES).

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto de que se declararan solidariamente responsables, los demandados en este proceso, del daño antijurídico causado por estos por el no pago del valor recobrado por concepto de terapias de neurodesarrollo, no incluidas dentro del plan de beneficios vigente para el momento de la prestación de los servicios y por los cuales incurrió en gastos con recursos propios, correspondientes a la gestión administrativa desplegada para adelantar la solicitud de reclamación de pago por vía judicial y los que estimo en el 10% del valor de los recobros.

En consecuencia solicitó que se condenara a las demandadas al pago de los perjuicios materiales, estimados en la suma de \$809.155.812 correspondientes a los valores pagados por la prestación de los servicios de terapias de neurodesarrollo, que no han sido pagados por el Fosyga en su totalidad, siendo una carga exclusiva de aquella cuenta; al pago de los gastos administrativos por valor de \$80.915.581, al reconocimiento de intereses moratorios sobre las anteriores sumas conforme a lo expuesto art. 4 Decreto 1281 de 2012, a la indexación de las sumas, a lo que resulte ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente, solicitó se declarara solidariamente responsables a las demandadas de enriquecimiento sin causa en detrimento de la EPS por el no pago del valor recobrado por concepto de los servicios de terapias de neurodesarrollo y, en

consecuencia, se condenara al pago a título de compensación de la suma de \$809.155.812 que corresponde al valor no pagados por los servicios NO POS, a la indexación de las sumas y a las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que había prestado a sus afiliados terapias de neurodesarrollo las cuales se encontraban excluidas del POS, sin embargo, había autorizado las mismas atendiendo fallos de tutela de Jueces de la República y/o autorizaciones del Comité Técnico Científico, siendo por tanto de responsabilidad del Estado Colombiano reembolsar a la EPS los valores en los que había incurrido por las prestaciones excluidas del POS; que presentó 319 cuentas para pago con los debidos soportes para la prestación del servicio, presentando la siguiente glosa: *“Los valores objeto de recobro ya hayan (SIC) pagados por el Fosyga”*; que al hacer los recobros el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal Nuevo Fosyga, estos se han negado a cancelar los mismos en virtud del principio de integralidad y de esta manera se han considerado incluidos dentro del POS, pese a que nunca fueron costeados dentro de la UPC y que las 319 solicitudes objeto de recobro asciende a \$809.155.812

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto del 17 de abril de 2018¹, se tuvo por no contestada la demanda por parte de La Nación - Ministerio de

¹ Fls. 157 - 158 del cuaderno No. 2 del expediente digital.

Salud y Protección Social, por haberse presentado en forma extemporánea.

En audiencia de que trata el art. 77 del CPTSS, adelantada el 3 de septiembre de 2019, se aceptó el desistimiento de la demanda respecto de la Fiduciaria la Previsora S.A. - Fiduprevisora S.A. y Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. - Fiducoldex S.A. como integrantes del Consorcio Sayp 2011 y de Outsourcing Informático SAS - Servis SAS y Carvajal y Tecnología y Servicios SAS como integrantes de la Unión Temporal Nuevo Fosyga y se dispuso que el proceso continuaría exclusivamente contra la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, como entidad que sucedía procesalmente al Ministerio de la Protección Social en el manejo y administración de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. También se dispuso la desvinculación del llamado en garantía Allianz Seguros S.A.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de enero de 2021, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES en su condición de sucesora procesal de la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, tanto principales como subsidiarias por la SALUD TOTAL EPS S.A. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES dadas las resultas del juicio, el despacho se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas.

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la entidad demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'500.000, en favor de la accionada.

Como fundamento de la decisión, el juzgado señaló que los recobros que sustentaban las pretensiones obedecían a servicios prestados a diferentes usuarios entre noviembre de 2011 y enero de 2013 y la radicación de los formularios MYT 01 se dio para el 19 de diciembre de 2013, radicándose la demanda el 22 de abril de 2016, aspectos que resultaban relevantes atendiendo lo expuesto en el art. 182 de la L.100/93, los arts. 7, 13 y 15 del Decreto 1281 de 2012 (vigentes para la fecha de las solicitudes) y el art. 122 Dto. 019/12, pues en el caso bajo análisis lo que se reclamaba en forma principal era el reconocimiento indemnizatorio y no el reconocimiento o reembolso (dentro del término de caducidad establecido “2 años”) o una compensación para precaver un eventual enriquecimiento sin causa.

Así señaló que conforme a la normatividad mencionada en el evento en que las facturas y las reclamaciones fueran glosadas no había lugar en ese contexto al reconocimiento de intereses o de otras sanciones pecuniarias sino se acudía a los mecanismos pertinentes para obtener el reembolso correspondiente, argumentando que la EPS sólo tenía derecho dentro de los plazos legalmente establecidos a reclamar el importe de los gastos en que hubiere incurrido y que no estuvieran dentro del plan obligatorio de salud o que fueren generados con ocasión de las providencias judiciales o

decisiones de los comités técnico científicos para evitar la caducidad de la acción ordinaria.

Igualmente, resaltó que debía tenerse en cuenta que eran dos cosas distintas la caducidad de la acción en relación a las glosas y la prescripción del derecho, los que de manera hábil se habían empleado para subsanar la inactividad del demandante de acudir a la jurisdicción dentro de los 2 años para quedar cobijada en el término de prescripción laboral “3 años”, pero que ante lo debatido no se podía dejar de lado lo previsto en el término de caducidad para adelantar las acciones judiciales de cara a ventilar la viabilidad o no de la glosa, en donde de encontrarse infundada, lo procedente habría sido el pago del valor recobrado junto con los intereses moratorios, en los que se subsumía un eventual perjuicio si se hubiere generado, pero que como en el proceso no se acreditó que se hubieren adelantado tales acciones, no era posible revivir obligaciones respecto de las cuales ya había caducado la acción.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la EPS demandante interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que se adujo en la decisión que había operado la caducidad de 2 años señalada en el Decreto 019 de 2012 y en el Decreto 1281 de 2002, precisando que para la fecha de los

hechos los asuntos en los que se perseguía el recobro de servicios y tecnologías no financiadas por el POS, se ventilaban en la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción de reparación directa y a ello obedecía a que se tomará el término de caducidad, sin embargo, para el año 2015, el Consejo Superior de la Judicatura, decidió que dichos asuntos debían ser tramitados ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, por ser asuntos de la Seguridad Social, por ello era que con la expedición de la Ley 1753 de 2015, artículo 73, ya no se habla de caducidad sino de prescripción de 3 años.

Igualmente, aludió que respecto de los servicios por terapias ABA, si bien existía el principio de integralidad en las atenciones no por ello podía entenderse que se trataba de servicios que deberían estar incluidos en el POS, pues los Acuerdos Normativos 028 y 029 de 2011, entendían incluidos dentro del POS los servicios contemplados en los anexos 1 y 2, sin que estos estuvieran allí relacionados, de suerte que aunque el servicio debía ser garantizado como parte integral del tratamiento ello no excluía de la posibilidad de efectuar el recobro ante el Fosyga hoy en día la Adres.

Adicionalmente, señaló que el proceso de auditoría que se surtía en su momento ante el Fosyga, correspondía a un proceso de radicación ordinaria que era lo que se conocía como radicación MYT01 y MYT02, que contemplaba fase de subsanación y de objeción de la glosa, lo que constituía un proceso extraordinario que no interrumpía ni suspendía los términos de caducidad y prescripción, de manera que cuando

se presentaba una glosa, al tiempo se adelantaba el proceso de subsanación y objeción también se presentaba la demanda, lo que permitió desistir de recobros; pero como en este caso se trataba de terapias ABA las mismas no se reconocían porque a juicio del Ministerio se trataba de servicios netamente educativos que no debían ser cubiertos con recursos de la salud.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinara si la EPS demandante tiene derecho al pago de los recobros requeridos por terapias de neurodesarrollo no contemplados en el POS.

De entrada se advierte que el argumento del apelante referido a la no aplicación de la caducidad, carece de fundamento en la medida en que la Corte Constitucional, definió el asunto de competencias a partir del Auto 389 del 22 de julio de 2021 reiterado en el A744 del mismo año, mediante los cuales se establece que por la naturaleza del asunto, las pretensiones como las aquí formuladas son de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En esa medida se realizará un recuento normativo, empezando por señalar que la Ley 100 de 1993, creó el “*Sistema de Seguridad Social Integral*”, con la finalidad de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la

comunidad, con el fin de brindar una calidad de vida de acuerdo con los postulados constitucionales, mediante la protección de las contingencias que la afecten, y estando sujeta a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

A su vez el Art. 156 de la Ley 100 indica las características básicas del Sistema de Seguridad Social en Salud, estableciendo en su literal c), que *“Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud.”*

Entre tanto, el artículo 7.º del Decreto 806 de 1998, prevé que el Plan Obligatorio de Salud: *“Es el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al Régimen Contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y Entidades Adaptadas, EAS, debidamente autorizadas, por la Superintendencia Nacional de Salud o por el Gobierno Nacional respectivamente, para funcionar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”*

No obstante, cuando un servicio médico, procedimiento y/o los medicamentos no se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la entidad promotora de salud, está en

la obligación de brindarlo, y presentar ante el FOSYGA hoy a la ADRES² la cuenta de recobro.

Frente a este último tema, el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002, previó lo siguiente: *“las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias”*.

La anterior norma, fue modificada por el artículo 111 del Decreto-Ley 19 de 2012, en el siguiente sentido:

“ARTÍCULO 111. TÉRMINO PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE COBRO O RECLAMACIÓN CON CARGO A RECURSOS DEL FOSYGA. El artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, quedará así:

Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

PARÁGRAFO 1. *Por una única vez, el FOSYGA reconocerá y pagará todos aquellos recobros y/o reclamaciones cuya glosa aplicada en el proceso de auditoría haya sido únicamente la de extemporaneidad y respecto de la cual el resultado se haya notificado a la entidad reclamante y/o recobrante, antes de la entrada en vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. o en la norma que lo sustituya, previa nueva auditoría integral, que deberá ser sufragada por la entidad reclamante o recobrante, según sea el caso, en los términos y condiciones que para el efecto fije el Ministerio de Salud y Protección Social.*

(...)”

² Ver artículo 6 Ley 1753 de 2015, artículo 9 Decreto 1429 de 2016 y artículo 2.6.4.3.5.1.4 del Decreto 780 de 2016.

Adicionalmente, el artículo 23 del Decreto 4747 de 2007, reguló la posibilidad que las entidades responsables de pago de servicios de salud presentaran inconformidades que afecten total o parcialmente la factura y su trámite:

“TRÁMITE DE GLOSAS. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando este sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

“El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud. Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el periodo establecido para la recepción de facturas. Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley”.

La normativa descrita, especialmente lo preceptuado en el artículo 111 del Decreto 019 de 2012 (que modificó el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002), que contempla la caducidad de la acción en 2 años, conducía a considerar que este tipo de asuntos se tramitaban bajo la égida de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, entendimiento que incluso es posible advertir de la técnica argumentativa con la que se presentaban las demandadas, la que se asociaba a la utilizada en la referida jurisdicción, lo que generó la presentación de diversos conflictos de competencia en casos como el analizado, en donde al ser el asunto asignado a esta

jurisdicción (laboral), se consideraba que el mismo debía someterse al trámite contemplado en nuestros estatutos procesales y sustantivos y por ello en estos casos por ejemplo se aplicó la prescripción trienal de que tratan los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

Sin embargo, la Corte Constitucional, mediante el Auto 389 del 22 de julio de 2021, definió la competencia judicial para tramitar los asuntos relacionados con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el POS (hoy PBS) y por las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del SGSS, reiterando en Auto 744 de 2021, lo siguiente:

“(…)

10. Según lo resuelto en el Auto 389 de 2021, la competencia judicial para conocer asuntos relacionados con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el POS, hoy PBS, y por las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del SGSSS recae en los jueces contencioso administrativos, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto a través de estos se cuestiona por parte de una EPS un acto administrativo proferido por la ADRES.

11. Este tipo de controversias no corresponden a las previstas en el numeral 4° del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social^[16], en la medida en que no se relacionan, en estricto sentido, con la prestación de los servicios de la seguridad social. En cambio, se trata de litigios presentados exclusivamente entre entidades administradoras y relativos a la financiación de servicios ya prestados, que no implican a afiliados, beneficiarios o usuarios ni a empleadores.”

Bajo los anteriores presupuestos y a partir de las decisiones antes relacionadas, se tiene que con posterioridad al lineamiento expuesto, para resolver este tipo de controversias resultaban aplicables las normas del contencioso administrativo que regulaban la materia, aunque de manera equivocada se hubiera definido el conflicto de

competencias con la asignación del presente asunto a esta jurisdicción.

Atendiendo lo anterior y toda vez que en el presente asunto la parte actora, solicitó el reconocimiento y pago de 319 recobros por concepto de suministro de servicios de terapias de neurodesarrollo no contemplados en el POS, ordenados en fallos de tutela y/o en Comité Técnicos Científico, procede el despacho a analizar cada uno de los recobros solicitados en el hecho 5.3 de la demanda.

Verificados los recobros solicitados y comparados con los soportes que la EPS demandante adjuntó, contenidos en los archivos de Excel obrantes en la carpeta “06Folio248 - NOTIFICACIONES” del expediente digital y la carpeta “03Folio245 - IMÁGENES RECOBROS”, se establece que los recobros realizados por Salud Total EPS corresponden a servicios suministrados a sus afiliados, principalmente por terapias de neurodesarrollo y asociadas, las que no fueron canceladas por la glosa correspondiente a que los valores objeto del recobro, ya habían sido pagados por el FOSYGA, por encontrarse incluidos en el POS y su costo reconocido en la UPC.

Previamente a determinar si las terapias alternativas tipo ABA y de neurodesarrollo se encuentran o no cubiertas en el POS, es pertinente analizar si los recobros se encontraban o no afectados por la figura de la caducidad, cuya aplicación se deriva de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 111 del Decreto 019 de 2012, norma que era la vigente para resolver

tema, en la medida en que la notificación del resultado del recobro y la glosa realizada se efectuó en su vigencia; norma que en lo relevante para el caso señala: “(...) siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. o en la norma que lo sustituya (...)”.

Igualmente, se aprecia que el artículo 122 ibidem, reitera la aplicación de la caducidad en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 122. Sin perjuicio de los mecanismos alternativos de solución de conflictos establecidos en la ley, cuando se presenten divergencias recurrentes por las glosas aplicadas en la auditoría efectuada a los recobros ante el FOSYGA, por cualquier causal, el Ministerio de Salud y Protección Social establecerá los lineamientos o procedimientos orientados a su solución, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo. En estos casos, el costo de la nueva auditoría integral deberá ser sufragado por la entidad recobrante.

Cuando la glosa se origine en la inclusión en el POS de las tecnologías en salud recobradas al FOSYGA, se aplicará el concepto que para el efecto expida la Comisión de Regulación en Salud CRES, quien será la competente para determinar en forma definitiva si se encuentran o no incluidas, tanto para lo contenido en las normas expedidas por esa Comisión como para lo previsto en normas anteriores. Emitido el concepto de la CRES y efectuada la auditoría integral, en caso de ser favorables, se procederá al trámite de pago.

Para los recobros que a la entrada en vigencia del presente Decreto ley ya surtieron la auditoría integral y cuya glosa se aplicó por considerar que la tecnología se encontraba incluida en el POS, se aplicará por una sola vez, dentro del año siguiente contado a partir de la vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo.”

Verificado lo anterior y atendido la remisión expresa establecida en el artículo 111 del Decreto 019 de 2012, se tiene que el numeral 8 del artículo 136 del CCA³, establecía lo siguiente:

“(...)

³ Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del 2 de julio del año 2012.

8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

(...)"

Igualmente, debe indicarse que coetáneamente con la derogatoria del CCA se expidió el CPACA, el cual contempló en el literal i del numeral 2 del artículo 164, la caducidad de la acción de reparación directa, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

(...)".

Como se observa, las normas citadas, contemplan la caducidad de la acción de reparación directa dentro del término de 2 años, contados a partir de la ocurrencia del hecho – acción - omisión, los cuales para el caso que nos ocupa se empezarían a contar a partir del momento en que se notificó el resultado de la reclamación del recobro, es decir, del momento en que se efectúa la glosa, siendo que es a partir de ese momento en que se presentaría la controversia y el presunto daño, pues se aduce por la demandada que el valor objeto del recobro ya había sido pagado como quiera que el servicio prestado estaba incluido en el POS, en donde el valor

era reconocido en la UPC, mientras que la EPS demandante reclama que se trataba de un servicio no incluido en el POS y por tanto no reconocido ni pagado.

Bajo el anterior marco se procedió a analizar si cada uno de los recobros reclamados se encontraba afectado por la caducidad, encontrándose que a la fecha en que se notificó el resultado del recobro, es decir, la glosa y su no aceptación y teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 22 de abril de 2016, se concluye que la acción para reclamar los 319 recobros solicitados había caducado, conforme se evidencia en el análisis realizado frente a cada recobro en el anexo que se adjunta a esta decisión.

En consecuencia, se procederá a confirmar la decisión de primera instancia atendiendo a las consideraciones aquí expuestas y se recogen los criterios que pudieran haberse expuesto con anterioridad atendiendo lo dispuesto en los autos el Auto 389 del 22 de julio de 2021 reiterado en el 744 del mismo año:

Costas en esta instancia a cargo de la EPS demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de enero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



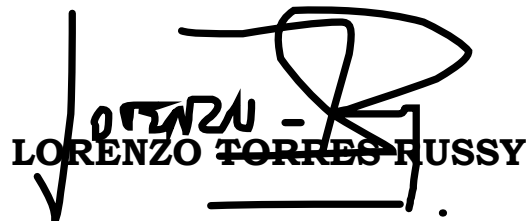
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARO VOTO. En mi criterio se debió analizar el asunto con las reglas de prescripción contempladas para el procedimiento laboral

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000. Inclúyase en la liquidación

de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

314	TERAPIAS NEURODESARROLLO	25594776 del 13 de marzo de 2013	SI	\$ 7.000.000	(Ver Notificación 2013 (0313) los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el fosyga - El medicamento, servicio, elemento o insumo (TERAPIA DE NEURODESARROLLO) esta incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC.	Notificación resultados recobro 21/05/2013
315	TERAPIAS NEURODESARROLLO	25621693 del 15 de marzo de 2013	SI	\$ 6.000.000	(Ver Notificación 2013 (0313) los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el fosyga - El medicamento, servicio, elemento o insumo (TERAPIA DE NEURODESARROLLO) esta incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC.	Notificación resultados recobro 21/05/2013
316	TERAPIAS NEURODESARROLLO	25432914 el 10 de enero de 2013	SI	\$ 4.800.000	(Ver Notificación 2013 (0113) los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el fosyga - El medicamento, servicio, elemento o insumo (TERAPIA DE NEURODESARROLLO) esta incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC.	Notificación resultado recobro 19/03/2013
317	TERAPIAS NEURODESARROLLO	25440626 del 14 de enero de 2013	SI	\$ 1.995.000	(Ver Notificación 2013 (0113) los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el fosyga - El medicamento, servicio, elemento o insumo (TERAPIA DE NEURODESARROLLO) esta incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC.	Notificación resultado recobro 19/03/2013
318	TERAPIAS NEURODESARROLLO	25440628 del 14 de enero 2013	SI	\$ 1.995.000	(Ver Notificación 2013 (0113) los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el fosyga - El medicamento, servicio, elemento o insumo (TERAPIA DE NEURODESARROLLO) esta incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC.	Notificación resultado recobro 19/03/2013
319	TERAPIAS NEURODESARROLLO	25440632 del 14 de enero de 2013	SI	\$ 3.990.000	(Ver Notificación 2013 (0113) los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el fosyga - El medicamento, servicio, elemento o insumo (TERAPIA DE NEURODESARROLLO) esta incluido en el POS. Valor reconocido por la UPC.	Notificación resultado recobro 19/03/2013



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GUSTAVO
ADOLFO CARDENAS TORO CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 030 2020 00040 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de octubre de 2021. La decisión de primera instancia absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

En esta instancia se allegaron alegatos por Colpensiones, en los cuales reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto de que se declarara que tenía derecho a la pensión especial de vejez como trabajador de alto riesgo con los incrementos ordenados por la ley y los convencionales pertinentes, en consecuencia, se condenara a Colpensiones a pagar las mesadas pensionales desde abril de 2015, junto con los intereses e indexación hasta la fecha de reconocimiento de la pensión, a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que ha laborado y cotizado como aviador civil con las empresas aéreas Intercontinental y Avianca S.A. desde el 1° de diciembre de 1995 hasta la fecha; que las asignaciones salariales fluctuaron entre \$1.250.000 hasta el actual salario de \$15.660.445; que actualmente es beneficiario de las Convenciones Colectivas de Avianca; que cuenta con más de 1.187,4 semanas cotizadas a Colpensiones; que se encuentra afiliado de Colpensiones desde el 1° de diciembre de 1995 hasta la fecha en calidad de aviador civil y que la naturaleza del servicio prestado había sido especial toda vez que se ha desempeñado exclusivamente como piloto de aeronaves.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, señalando que no le constaban otros y negando los demás. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que al demandante no le asistía el derecho al reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo ya que el actor no cumplía con los requisitos establecidos en los artículos 3, 4 y 5 del Decreto 2090 de 2003, de igual forma, destacó que las funciones relacionadas en las certificaciones expedidas por Avianca y en las demás documentales allegadas no correspondían a funciones con exposición a alto riesgo, precisando que la labor de alto riesgo debía ser ejercida de manera directa pues la mera exposición no constituía pensión de alto riesgo. Solicito tener en cuenta lo expuesto en sentencias de la C.S.J. No. 41530-2014 y SL17123-2014.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de octubre de 2021, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada Inexistencia del derecho y de la obligación propuesta por Colpensiones.

SEGUNDO: ABSOLVER A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: *CONDENAR EN COSTAS en primera instancia al señor MANUEL GAVIRIA DEL CORRAL, liquidense por secretaría e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$350.000, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.*

CUARTO: *CONCÉDASE el grado Jurisdiccional de Consulta, por ser adversa la decisión a los intereses de la parte actora, remítase las diligencias al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, para lo de su competencia.”*

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que como la prestación reclamada obedecía a la pensión especial de vejez por actividades en alto riesgo, estudiaría la situación del demandante frente al régimen de transición de que trata el art. 36 L. 100 de 1993, desde la expedición del Decreto 1281 de 1994, concluyendo que el actor no se encontraba dentro de ese contingente, pues no se cumplía ni con el requisito de la edad, ni el tiempo de cotizaciones, por lo que correspondía analizar el caso conforme a los requisitos del Decreto 2090 de 2003.

Así indicó que los 55 años se cumplieron en el 2020, sin embargo, en lo relacionado con las cotizaciones alude que pese a que en las resoluciones obrantes en el expediente administrativo, se colegía que el demandante había cotizado 1127 semanas, debía tenerse presente que en las certificaciones laborales allegadas no se establecía que se hubiesen efectuado cotizaciones en alto riesgo, señalando que en gracia de discusión y si hipotéticamente se considerara que tenía 700 semanas en actividades de alto riesgo, lo cierto era que para la aplicación de la norma de la pensión especial el actor también debió acreditar el mínimo de semanas requeridas por la Ley para esta pensión de vejez esto es 1300

semanas hecho que el actor no acreditó, por lo que no prosperaban las pretensiones de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si resultaba procedente el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por el ejercicio de actividades de alto riesgo.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no existe controversia en los siguientes puntos: i) el señor Gustavo Adolfo Cárdenas Toro, nació el 23 de julio de 1967, tal y como se desprende de la Resolución SUB 96896 de 2018 (fl. 43-); ii) que el mismo se desempeñó en el cargo de piloto conforme a las certificaciones allegadas y iii) que tiene 1127 semanas cotizadas según se desprende de la información obrante en el expediente administrativo allegado por Colpensiones.

Para resolver debe tenerse en cuenta que en el sistema general de pensiones las actividades de alto riesgo que acarrean el reconocimiento de pensiones especiales han sido reguladas inicialmente por el Decreto 758 de 1990, posteriormente por el Decreto 1281 de 1994 y finalmente por el Decreto 2090 de 2003 *“Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de*

pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”.

Ahora bien, a efectos de revisar cuál es la norma aplicable al asunto, debe tenerse en cuenta que aunque en principio se tendría que la norma aplicable por ser la vigente para la época de los hechos es el Decreto 2090 de 2003, no puede pasarse por alto que, dicha normativa en el artículo 6, contempló lo siguiente:

“ARTÍCULO 6o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. *Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.*

PARÁGRAFO. *Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.”*

Conforme se desprende de la norma citada para ser beneficiario del régimen de transición y que le resultare aplicable lo dispuesto en la norma anterior, esto es, el Decreto 1281 de 1994, se debía contar con 500 semanas de cotización especial a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, esto era, al 28 de julio de 2003, debiéndose tener en cuenta que si bien uno de los aspectos que ha generado varios cuestionamientos es el relacionado con la exigencia de las 500 semanas de cotización en la medida que la acreditación de las semanas referidas era imposible de realizar por razones cronológicas si se tomaban las fechas de vigencia de los decretos, no puede pasarse por alto que la referida norma fue objeto de análisis de constitucionalidad, siendo declarado condicionalmente exequible en sentencia C-663 de 2007, bajo el siguiente entendimiento:

“(…)

7.1. La Corte procederá, por las razones anteriores, a declarar la exequibilidad condicionada del artículo 6° del Decreto Ley 2090 de 2003 acusado con el fin de remover este obstáculo al acceso al régimen de transición pensional. Para ello se tomará en cuenta la interpretación más favorable a los trabajadores, que es aquella que les permite acreditar el número de semanas de cotización para mantenerse en el régimen de transición, con las semanas cotizadas en los diferentes regímenes previos donde tales actividades hayan sido jurídicamente calificadas como de alto riesgo, así tales cotizaciones no tuvieran el carácter de "especiales" al momento de entrar a regir el Decreto 2090 de 2003. De esta manera, no serán exigibles 500 semanas de "cotización especial" ni un mínimo de semanas de "cotización especial". Dicho de otro modo, en atención a la perspectiva naturalista y jurídica descritas previamente sobre el límite establecido por el legislador con el régimen de transición fijado en el artículo 6° del decreto acusado, es claro que para permitir el acceso de los trabajadores de alto riesgo al régimen de transición descrito, deben valer dentro de las 500 semanas de cotización especial aquellas semanas de cotización que pueda acreditar el trabajador efectuadas en cualquier actividad previa a ese decreto, que hubieren sido calificada jurídicamente como de alto riesgo y no sólo las cotizaciones de carácter "especial" derivadas del Decreto 1281 de 1994. Dicha calificación jurídica puede haberse plasmado en diferentes tipos de regulación especial en materia pensional en razón del riesgo asociado a la actividad efectuada, v.gr, (i) regulaciones que establecían una cotización especial, (ii) normas que clasificaban la actividad como de alto riesgo, (iii) o un régimen especial de orden pensional justificado por la necesidad de protección especial de la actividad y del trabajador que la realiza exponiéndose a riesgos. Así también se acoge la interpretación más favorable al trabajador.

En ese sentido se declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, por el cargo analizado, en el entendido de que para el compute de las "500 semanas de cotización especial", también se podrán acreditar aquellas semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo.

(...)"

Así las cosas, se procederá a revisar si el demandante para el 28 de julio de 2003, contaba con 500 semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiese sido calificada jurídicamente como de alto riesgo, evidenciándose que de las documentales allegadas al plenario, se colige que no se contaba con las semanas necesarias para conservar el régimen de transición, por lo que el asunto debía analizarse a la luz de lo contemplado en el Decreto 2090 de 2003, debiéndose precisar que la vigencia del referido Decreto fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2024, por lo que, para pensionarse bajo la égida de tal norma, debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos antes de dicha data.

Así, se tiene que los artículos 2, 3 y 4 del Decreto 2090 de 2003, contemplan las actividades que se consideran de alto riesgo para el trabajador y la pensión especial de vejez, así:

“ARTÍCULO 2o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR. *Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:*

- 1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.*
- 2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.*
- 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.*
- 4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.*
- 5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.*
- 6. En los Cuerpos de Bomberos, la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios.*
- 7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública.*

ARTÍCULO 3o. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ. *Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.*

ARTÍCULO 4o. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ. *La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:*

- 1. Haber cumplido 55 años de edad.*

2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003.

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

»

Como se advierte, la actividad de aviador o piloto no se encuentra expresamente establecida dentro de las actividades consideradas como de alto riesgo que conceden pensión especial de vejez, al respecto conviene recordar que la Corte Constitucional en Sentencia C-093 de 2017, aunque se declaró inhibida para pronunciarse sobre la exequibilidad de los artículos 1 y 2 del Decreto 2090 de 2003, por ineptitud sustantiva de la demanda, de la misma resultan importantes los apartes que a continuación se citan, en la medida en que se sometió a juicio de constitucionalidad que la aviación civil debería estar calificada en la ley como una actividad de alto riesgo y sujetarla al régimen pensional especial, señalando lo siguiente:

“(…)

4.4.1. *Con respecto al artículo 2 del Decreto 2090 de 2003, el accionante argumenta que los recientes hallazgos sobre la exposición de los aviadores a las radiaciones ionizantes y sobre los efectos de dicho fenómeno en la salud humana, obligaban al legislador, y en este caso al Ejecutivo, a incluir la aviación civil dentro de las actividades de alto riesgo, y sujetarla al respectivo régimen pensional diferencial, que permite el retiro anticipado de los trabajadores. Como las labores desplegadas por estos profesionales es incluso más riesgos que las demás previstas en el mismo artículo 2 del decreto 2090 de 2003, su falta de inclusión configuraría una omisión legislativa, por el desconocimiento de los artículos 1, 2, 4, 11, 13, 25, 29, 48 y 53 de la Carta Política, susceptible de ser enmendada por el juez constitucional mediante una sentencia de constitucionalidad condicionada.*

A juicio de esta Corporación, la controversia así planteada no es susceptible de ser valorada por esta Corporación en el escenario del control abstracto de constitucionalidad, por las razones que se indican a continuación.

4.4.2. *En primer lugar, el accionante plantea problemáticas extrañas y ajenas al control constitucional de la legislación, porque desde una perspectiva material, sus cuestionamientos no apuntan a controvertir el*

contenido de Decreto 2090 de 2003 por su incompatibilidad con las exigencias constitucionales, sino más bien a cuestionar el uso que los operadores jurídicos han hecho del tal normatividad, y a enmendar los presuntos yerros en su interpretación y aplicación, mediante un pronunciamiento judicial de esta Corporación que fije una línea hermenéutica vinculante.

En efecto, el actor y los intervinientes que coadyuvaron la demanda consideran que la aviación civil debería estar calificada por la ley como una actividad de alto riesgo, sujeta al régimen pensional especial de las actividades de alto riesgo, en razón de la exposición a la que se encuentran sometidas los pilotos y los demás tripulantes de los aviones a las radiaciones ionizantes, radiaciones que provocan afectaciones graves a la salud. Así planteado el debate, en el proceso judicial la controversia se centró en este debate específico sobre la exposición de los aviadores a las radiaciones ionizantes, y sobre el impacto de las mismas en su salud.

No obstante, el mismo artículo 2 del Decreto 2090 de 2003 contempla expresamente las actividades que implican una exposición a radiaciones ionizantes, como actividad de alto riesgo. Es así como el numeral del 3 del referido precepto establece que “se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores (...) [los] trabajos con exposición a radiaciones ionizantes”.

En este orden de ideas, como el fundamento de la acusación es que la aviación expone a las personas a altos niveles de radiaciones ionizantes que serían perjudiciales para la salud, y como al mismo tiempo la legislación califica los trabajos que implican una exposición semejante como actividad de alto riesgo, en realidad el debate que se plantea no se orienta a cuestionar la validez de la norma que fija el repertorio de actividades de alto riesgo, incluyendo la hipótesis de los trabajos que implican contacto con radiaciones ionizantes, sino a determinar si la aviación encuadra dentro de esta última causal.

Esta controversia, sin embargo, implica realizar un ejercicio analítico distinto del que se efectúa en el marco del control abstracto de constitucionalidad, porque no se trata de establecer si un mandato legal es incompatible con los postulados constitucionales, sino de interpretar y aplicar en casos concretos la preceptiva legal. No se trata de establecer si la norma que califica los trabajos que implican contacto con radiaciones ionizantes como actividades de alto riesgo contraviene la Carta Política, sino de determinar si la aviación civil encuadra dentro de esta hipótesis general.

(...)

En este sentido, la Sala Plena coincide con los planteamientos de la Procuraduría General de la Nación. A juicio de la Vista Fiscal, como la inconstitucionalidad alegada por el accionante se hizo radicar en la consideración sobre la exposición de los aviadores a radiaciones ionizantes, hipótesis ya prevista en la ley, el déficit legal advertido por el accionante es inexistente, y en este marco, el problema radicaría, no en la configuración de una omisión legislativa relativa, sino en deficiencias en los procesos de interpretación y aplicación de la preceptiva legal. Y en este escenario, la actividad procesal de los aviadores debería estar encaminada, no a atacar la normativa legal, sino a hacerla cumplir.

(...)

4.4.3. *Podría argumentarse, empero, que en realidad sí existe una omisión legislativa relativa, porque aun cuando el Decreto 2090 de 2003 prevé de manera general los trabajos que implican una exposición a radiaciones ionizantes como actividad de alto riesgo, esta misma normatividad debía, o bien especificar en el numeral 3 del artículo 2 que esto comprende a los*

aviadores civiles, o bien consagrar la aviación civil como categoría autónoma y diferenciada, en un numeral independiente.

Si en gracia de discusión se acepta este argumento, en todo caso el debate propuesto es inviable, porque en este proceso judicial no se encuentran los insumos para reconfigurar el cargo de inconstitucionalidad, pues ni el accionante ni ninguno de los intervinientes que coadyuvaron la demanda señaló las razones por las que el legislador tenía el deber de especificar el alcance de la causal sobre la exposición a radiaciones ionizantes, o el deber de crear una categoría autónoma para estos profesionales, máxime cuando la lógica que subyace al artículo 2 de Decreto 2090 de 2003 es la de fijar criterios generales que puedan adaptarse a las muy variables circunstancias de tiempo, modo y lugar, y la de no individualizar todas las labores que en un momento específico deban ser consideradas como de alto riesgo. Es posible, por ejemplo, que en virtud de los progresos tecnológicos crecientes, una labor específica que en un momento implicó una exposición a radiaciones ionizantes, en otro momento no genere este riesgo. Así las cosas, la tesis de que existía un deber del legislador de especificar que el numeral 3 del artículo 2 comprende a los aviadores civiles, o que la aviación civil debía ser consagrada como una causal autónoma no solo no fue justificada en la demanda, sino que además, resulta incompatible con la racionalidad subyacente al Decreto objeto de la demanda de inconstitucionalidad^[93].

4.4.4. *Ahora bien, incluso obviando la dificultad anterior, la Corte encuentra que en el proceso judicial no se proporcionaron los elementos básicos para la estructuración del examen propuesto por el actor. Las acusaciones de la demanda, incluso articuladas y alimentadas con los insumos proporcionados por los intervinientes que coadyuvaron el escrito de acusación, no logran identificar los elementos estructurales del juicio de constitucionalidad. Se encuentran al menos tres tipos de deficiencias.*

4.4.4.1. *Por un lado, las premisas fácticas y los elementos probatorios sobre la exposición de los aviadores a las radiaciones ionizantes y sobre su impacto en la salud, que constituyen el fundamento de la pretensión de la demanda de inconstitucionalidad, no son conclusivos.*

En efecto, el demandante argumenta que los niveles de radiación recibidos por los aviadores impactan negativamente su salud, y que de ello dan cuenta las cancelaciones de certificados médicos de los aviadores allegados al proceso judicial. Aunque el accionante allegó información y documentación relevante que da cuenta de esta problemática, estos insumos resultan insuficientes por las siguientes razones: (i) primero, como según la documentación científica que consta en este proceso, todas las personas se encuentran expuestas a radiaciones ionizantes, las pruebas aportadas en este proceso no debían estar orientadas solo a demostrar que los aviadores están expuestos estas radiaciones, sino a demostrar que los niveles de radiación superan los estándares generalmente aceptados, y que esto se traduce en una afectación de la salud de estos profesionales; de esta circunstancia no se da cuenta en el proceso judicial, y por el contrario, según la información proporcionada por gran parte de los intervinientes, esta dosis se ajusta a los estándares generalmente aceptados; (ii) segundo, las cancelaciones de certificados médicos tampoco acreditan el vínculo causal entre las radiaciones ionizantes y las patologías allí detectadas; por el contrario, la mayor parte de las patologías mencionadas no corresponden a los efectos que según la literatura médica se producen por la exposición a radiaciones ionizantes, tal como ocurre con la depresión, los accidentes cerebro vasculares, la diabetes, los trastornos de la personalidad, la artrosis cervical, el trastorno fóbico, el infarto de miocardio, el trastorno de ansiedad, el vertido crónico o la artrosis de rodilla; incluso, tal como lo advirtieron algunos de los intervinientes, estas afecciones corresponden a enfermedades de origen común, y no de origen profesional; (iii) tercero, en la comunidad médica y científica persisten las disputas sobre los estándares permisibles de radiación anual, y sobre los promedios de radiación a los que se

encuentran sujetos los aviadores; (iv) cuarto, para demostrar que la aviación civil debía ser calificada como actividad de alto riesgo no bastaba con acreditar que la exposición a las radiaciones ionizantes tiene la potencialidad de afectar su salud, sino que esto se traduce en una reducción de la expectativa de vida saludable, o en la necesidad de que este grupo poblacional sea retirado anticipadamente de la vida laboral, cuestiones estas frente a las cuales no se aportaron pruebas; (v) y finalmente, no todas las personas que se dedican a la aviación están expuestas a los mismos niveles de radiación, pues ello depende de múltiples variables como la altitud de los viajes, la zona de tránsito según su mayor o menor proximidad a los polos, la protección del avión frente a las radiaciones, la frecuencia de los vuelos, y la misma función ejercida por los aviadores, porque incluso, los pilotos inspectores de operaciones y los pilotos chequeadores de ruta cumplen su rol sin volar.

De este modo, la Sala carece de los insumos técnicos necesarios para establecer si los aviadores se encuentran expuestos a niveles de radiación ionizante que superan los estándares generalmente aceptados, y si este contacto se traduce en afectaciones de la salud que en condiciones normales disminuye la expectativa de vida saludable o torna necesario el retiro anticipado de la labor productiva.

4.4.4.2. Asimismo, los cuestionamientos al artículo 2 del Decreto 2090 de 2003 parten de una comprensión manifiestamente inadecuada del ordenamiento jurídico, así: (i) tal como expresaron algunos de los intervinientes en este proceso, el accionante asume equivocadamente que todos los aviadores se encuentran sometidos al régimen pensional general establecido en la Ley 100 de 1993, cuando el Decreto 1282 de 1994 establece unas reglas diferenciales para los aviadores civiles que tiene semejanzas con el régimen pensional para las actividades de alto riesgo, y que también prevén un retiro anticipado de la actividad laboral; (ii) asimismo, el demandante establece una equivalencia plena entre las actividades de alto riesgo con las actividades peligrosas, cuando se trata de categorías autónomas que obedecen a racionalidades distintas; las riesgos inherentes al trabajo por los accidentes laborales y las enfermedades de origen profesional, que son los fenómenos a los que parece aludir el actor en algunos apartes de la demanda, son cubiertos a través del Sistema de Seguridad Social en Riesgos Laborales, y no a través de regímenes pensionales especiales; (iii) el Acto Legislativo 01 de 2005 no radica en el legislador la obligación de revisar el listado de actividades de alto riesgo, ni la de evaluar cada uno de las labores y oficios existentes; (iv) la racionalidad que subyace al artículo 2 del Decreto 2090 de 2003 no es la de individualizar cada uno de los oficios y labores de alto riesgo, sino la de fijar criterios generales para que en cada momento histórico se determine qué actividades se encuentran comprendidas dentro de tales categorías.

(...)"

De conformidad con la sentencia citada, se tiene que la aviación civil no se enmarca dentro de las actividades de alto riesgo, sin embargo podría llegar a encuadrarse dentro de los trabajos con exposición a radiaciones ionizantes que si está catalogada como actividad de alto riesgo, advirtiéndose que la Corte en el fallo precitado da algunas luces respecto a los factores a considerar tales como que se demostrara que los

niveles de radiación a los que están sometidos los pilotos superan los estándares generalmente aceptados y que esto se traduce en una afectación de la salud de estos profesionales y en una reducción de la expectativa de vida saludable.

Descendiendo en el análisis y revisado el acervo probatorio no se encontró documental alguna de la que se pudiera colegir que el demandante estuviese sometido a niveles de radiación que superaran los estándares establecidos, es más, ni si quiera se indicaron cuáles eran los niveles de radiación aceptados y las documentales obrantes a folios 10 – 31, que según lo indicado en la demanda corresponderían a una estadística de línea de salud de pilotos, si bien contemplan una serie de patologías y frecuencia de las mismas, no cuentan con un destinatario y emisor, ni fecha de expedición y tampoco se advierte que sean asociados al demandante, lo que impide considerar que el Señor Cárdenas Toro desplegaba una actividad de alto riesgo que lo beneficiara de obtener el reconocimiento de la pensión especial de vejez.

En todo caso y en gracia de discusión, de considerarse que si se contaba con las 700 semanas de cotización en actividades de alto riesgo, no puede pasarse por alto que para la fecha de presentación de la demanda 31 de enero de 2020, el demandante contaba con 53 años de edad y 1127 semanas cotizadas, es decir, no acreditaba el requisito de edad ni el de semanas cotizadas, pues la norma exige contar con 55 años y haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, que corresponde a 1300 semanas de cotización, conforme lo

establece el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, lo que de entrada también descartaría el análisis de la pensión con fundamento la vigente en la actualidad, así las cosas se procederá a confirmar la decisión, pero por las razones aquí indicadas.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de octubre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JORGE ENRIQUE
ACOSTA GUTIERREZ CONTRA CONSTRUCCIONES CIRO
CHIPATECUA S.A.S.**

RADICADO: 11001 3105 033 2018 00030 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós
(2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de septiembre de 2021. En la decisión de primera instancia se absolvió a la demandada de todas las pretensiones.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto de que se declarara que entre las partes existieron dos contratos de trabajo, así: el primero, que tuvo vigencia entre el 21 de julio y el 7 de septiembre de 2015, y el segundo, que tuvo vigencia entre el 3 de diciembre de 2015 y el 28 de mayo de 2016, en consecuencia, se condenara a la demandada a pagar las prestaciones sociales del primer contrato, a la indemnización moratoria por no consignación de cesantías, a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que a partir del 21 de julio de 2015, se vinculó a trabajar al servicio de la demandada; que prestó el servicio de obrero de construcción; que la relación estuvo regida por dos contratos verbales; que la jornada laboral era de lunes a viernes era de 7:00 am a 5:00 pm y los sábados de 7:00 am a 12:00 mm; que como retribución del servicio recibía \$35.000 diario y 490.000 catorcenal; que el 3 de diciembre de 2015, se vinculó nuevamente a trabajar al servicio de la demanda y con fecha de 31 de mayo de 2016, en forma escrita se le comunicó que a partir del 28 de mayo de 2016, se daba por terminado el contrato.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, señalando que no le constaban

otros y negando los demás. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que los contratos mencionados por el actor no correspondían a los efectivamente celebrados entre las partes, que reconoció y pago oportunamente las prestaciones sociales reclamadas y las vacaciones teniendo en cuenta el régimen especial de trabajadores de la construcción, resaltando que se pretendían cobrar acreencias en periodos en que el demandante no prestó servicios a su representada.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, prescripción y/o caducidad, pago, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, inexistencia del objeto motivo de la demanda, buena fe de la demandada y mala fe del demandante.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de septiembre de 2021, el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada CONSTRUCCIONES CIRO CHIPATECUA SAS, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de pago, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido incoadas por CONSTRUCCIONES CIRO CHIPATECUA SAS, por las razones expuestas.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de 0,5 SMMLV.

Sin recursos por las partes, remítase la presente decisión en CONSULTA ante el superior.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que no podría acudir al principio de la realidad sobre las formas por cuanto la parte demandante no allegó elementos

de juicio que permitieran inferir que más allá de los documentos que se allegaron por las partes existían servicios prestados de manera verbal, igualmente, indicó que se encontraba demostrado por confesión realizada en la contestación de la demanda, la existencia de contrato de trabajo entre las partes, sin embargo, existía discusión en torno a cuáles fueron los extremos y cuántos los contratos que existieron entre las partes, así señaló que acogía la hipótesis de la demandada relacionada con que entre las partes existieron 3 contratos, pues de ello daban cuenta los soportes documentales allegados, el primero, del 22/06/2015 – 04/07/2015, el segundo del 06/11/2015 - 24/12/2015 y el tercero del 04/01/2016 – 18/05/2016.

También indicó frente a este último contrato que se debía confrontar el extremo final que alegaba la parte demandante, pues este había allegado un documento de carta de terminación del 28 de mayo del año 2016, así aludió que como la parte demandante no había comparecido al proceso para derrumbar la presunción de certeza que surgió por la ausencia a la audiencia el artículo 77 del CPTSS, ni a la audiencia en la cual se iba a escuchar el interrogatorio de parte citado, más allá de que se hubiese tenido acreditado por parte del despacho ante la referida ausencia que la terminación del vínculo fue como se señaló por la demandada, habían documentos que arrojaban una fecha diferente, los que arrojaban elementos de juicio para concluir que la relación terminó el 18 de mayo de 2016, por lo que no había lugar al pago de las cifras que se reclamaban por la parte demandante por cuanto no se acreditó haber prestado el

servicio del 18 al 28 de mayo del año 2016 y no se destruyó la presunción de certeza que surgía a partir de la ausencia a las diligencias, ni había lugar al pago de las indemnizaciones moratorias reclamadas, por cuanto se allegaron las liquidaciones de prestaciones sociales a partir de las cuales durante la obra o labor contratada se cancelaron todos estos emolumentos especialmente aquel del cual deriva el pago en las cesantías.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si resultaba procedente declarar la existencia de relaciones laborales en la forma indicada por el demandante y las acreencias reclamadas en consecuencia.

Precisado lo anterior, debe indicarse que sobre la existencia de un contrato de trabajo, se deben considerar los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T., pues estos contemplan la definición del contrato de trabajo, sus elementos y la presunción según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo, de suerte que si se acredita que hubo un servicio personal y remunerado, debe quien pretenda desconocer la presunción legal contemplada en el artículo 24, probar que no existió el elemento subordinación en esa relación.

Igualmente, debe señalarse que en las relaciones laborales se aplica el principio del contrato realidad, en tanto que lejos de la denominación que hagan las partes respecto del mismo, prevalece la naturaleza jurídica de la relación que materialmente se haya dado; en ese sentido prima lo que en la realidad ocurrió sobre el nombre que las partes le hubieren dado a la relación jurídica; entonces, si se presenta discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge del acuerdo entre las partes, debe preferirse la realidad de los hechos por encima del pacto celebrado por los sujetos, como quiera que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual. En ese sentido es claro que no son tanto las formas como la realidad lo que determina el contenido, y, por consiguiente, la naturaleza de la relación de trabajo, la cual no depende de lo que las partes hayan acordado ni se somete a la denominación que errada o acertadamente, de buena o mala fe le hayan asignado. Lo anterior es acorde al principio contenido del artículo 53 de la Constitución Política, referente a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones.

En este escenario, también debe recordarse lo señalado en el artículo 167 del CGP, esto es, que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, de modo que correspondía al actor acreditar la prestación de los servicios especialmente dentro de los extremos temporales aducidos, siendo que la demandada no niega que entre las partes existió una relación laboral, pero si en la forma expresada por el demandante.

El a quo encontró que entre las partes, existieron 3 contratos por duración de la obra o labor contratada diferentes, tal y como se indicó por el apoderado de la demandada en sus alegatos, así: i) entre el 22/06/2015 y el 04/07/2015; ii) entre el 06/11/2015 y el 24/12/2015 y iii) entre el 04/01/2016 y el 18/05/2016, revisados los soportes documentales obrantes en el expediente tales como contratos, formularios de afiliación a EPS y ARL, liquidaciones de prestaciones sociales, comprobantes de pago de prima, cartas de terminación de contrato, se colige que en efecto entre las partes existieron 3 contratos diferentes que se movieron dentro de los extremos aludidos y frente a los que se cancelaron los derechos laborales reclamados, pues el soporte documental mencionado sumado a la conducta desplegada por el demandante frente a su inasistencia a la audiencia de conciliación contemplada en el artículo 77 del CPTSS, que generó que fuera declarado confeso respecto de que se le cancelaron la totalidad de las acreencias laborales reclamadas partiendo de las excepciones que planteo la demandada en su contestación y la inasistencia a absolver interrogatorio de parte, conducen a establecer que entre las partes existieron las vinculaciones aludidas y no las referidas por el actor siendo que este no allegó mayor soporte probatorio.

En este punto, conviene resaltar que si bien respecto del último contrato que existió entre las partes, el actor allegó carta de terminación de fecha 31 de mayo de 2016, visible a folio 7, en la que se señala que el contrato se daba por terminado el 28 de mayo, no puede perderse de vista que la

demandada por su parte allegó comunicación vista a folio 161, de fecha 17 de mayo de 2016, en la que se señala que el contrato se daba por terminado el 18 de mayo, siendo esta documental la que se acompasa con el extremo final determinado en la liquidación final de prestaciones sociales visible a folio 162, liquidación que se encuentra suscrita por el actor, permitiéndonos con ello establecer el reconocimiento de tal extremo como el final y confirmando con ello, que no se causaron prestaciones más allá del 18 de mayo de 2016.

De conformidad con lo antes anotado y al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por el Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios, se observa que la misma, se ajusta en un todo a la realidad procesal, por lo que se procederá a confirmar la sentencia impugnada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de septiembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA
DOLORES PEREZ PIÑEROS CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 034 2019 00259 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta concedido contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de agosto de 2021. La sentencia impugnada ordenó la reliquidación de la mesada pensional de

la actora conforme al promedio de lo devengado en los últimos 10 años, considerando 1.303,14 semanas cotizadas y aplicando una tasa de reemplazo del 90%.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto de que se condenara a la demandada a liquidar y pagar su pensión de vejez, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 90% del IBL, de conformidad con el literal B del numeral 2 del artículo 20 del Decreto 758 de 1990 y considerando como IBL, los aportes efectuados durante los últimos 10 años cotizados, debidamente actualizado conforme a certificación expedida por el DANE, a las costas y agencias en derecho y a lo que resulte ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que mediante Resolución No. 0010003 del 13 de marzo de 2007, el ISS le reconoció pensión de vejez, bajo los parámetros y condiciones del régimen de transición conforme al Decreto 758 de 1990, en cuantía inicial de 4.159.029 a partir del 1 de abril de 2007; que mediante Resolución No. 42526 del 19 de septiembre de 2008, el ISS resolvió el recurso de reposición interpuesto y modificó la fecha de causación de la pensión quedando a partir del 1° de octubre de 2006, en cuantía de \$3.980.694; que sumadas las semanas cotizadas de tiempo público y privado tendría un equivalente a 1.327 semanas cotizadas y que tiene derecho a que para su reliquidación pensional se le tuviera en cuenta todo el tiempo cotizado al Sistema General de Pensiones, esto

es, el tiempo público no cotizado al ISS conforme lo señalaba la sentencia SU – 769 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando la mayoría de los hechos y negando el séptimo. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que el reconocimiento pensional obedeció a las directrices establecidas por el legislador, señalando que si bien a la actora se le reconoció la pensión de vejez conforme a lo establecido por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, en virtud de los requisitos del régimen de transición, esto es, cumpliendo con la densidad de semanas (1017 semanas) y edad mínima exigida, lo que conllevó a aplicar una tasa de reemplazo del 75%, resaltando que para los efectos de la normatividad aludida solo se tendrían en cuenta los tiempos efectivamente cotizados al ISS, característica propia de dicha normatividad, por lo que la acumulación de los tiempos públicos no podían serle aplicados

Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de intereses moratorios, principio constitucional de buena fe, prescripción e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de agosto de 2021, el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, a reliquidar la mesada pensional reconocida a la demandante MARIA DOLORES PEREZ PIÑEROS, en la Resolución No. 10003 de 2007.

SEGUNDO: En consecuencia, de lo anterior, MODIFICAR la Resolución No. SUB 176938 del 8 de julio de 2019, liquidando la mesada pensional de la demandante MARIA DOLORES PEREZ PIÑEROS, teniendo como IBC el promedio de lo devengado los últimos diez años de servicios, contando con una densidad de semanas equivalentes a 1.303,14 y aplicando una tasa de reemplazo equivalente al 90% del IBC.

En razón de lo anterior, deberá calcular la diferencia pensional a partir del 6 de diciembre de 2015, fecha a partir de la cual deberá reconocer y pagar el correspondiente retroactivo pensional generado por la diferencia causada entre lo pagado y lo que debió pagar por concepto de mesada pensional, aplicando la fórmula de modificación que contiene este numeral.

TERCERO: Sin lugar a imponer condena en costas procesales a las partes.

CUARTO: De no ser apelada la presente decisión envíese en grado jurisdiccional de consulta ante el superior y a favor de COLPENSIONES.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que se encontraba acreditado que la actora era beneficiaria del régimen de transición y que la normatividad aplicable correspondía al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, señalando que si bien Colpensiones en resolución SUB 176938 de 2019, accedió a reliquidar la mesada pensional incluyendo los tiempos servidos por la demandante al servicio del colegio mayor de Cundinamarca y que fueran cotizados a Cajanal en aplicación de las disposiciones de la Corte Constitucional decantadas en la sentencia de unificación SU-769 del 2014, el monto fijado era incorrecto pues con el acervo probatorio allegado se acreditaban mas de 1250 semanas cotizadas, siendo que al

hacer el cálculo total de semanas de tiempos públicos y privados, se tenía que la actora contaba con 1303.14 semanas cotizadas, de suerte que aunque el calculo de la mesada se efectuó teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, debió ajustar la tasa de reemplazo en un monto equivalente al 90%, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no había lugar a que se condenara a su representada a la reliquidación de la pensión de vejez pues al momento del reconocimiento pensional, el entonces ISS, reconoció la pensión de vejez a la actora conforme a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, por cuanto la demandante cumplía con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición de conformidad con el artículo 36 de la ley 100 de 1993, sobre un total de 1017 semanas de cotización aplicándole una tasa de reemplazo del 75 % y que debía tenerse en cuenta que adicionalmente su representada con Resolución No. SUB 176938 de fecha 8 de julio del 2019, procedió a liquidar la pensión de vejez, considerando 1238 semanas y aplicando el artículo 20 del Decreto 758 del año 1990, encontrándose dicha resolución ajustada a derecho.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si resultaba procedente la reliquidación de la pensión concedida a la demandante.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que María Dolores Pérez Piñeros era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1° de abril de 1994 tenía más de 35 años; ii) que al menos contaba con 1303,14 semanas de cotización en toda su vida laboral entre tiempos públicos y privados; iii) que mediante la Resolución n.º 0010003 del 13 de marzo de 2007, el ISS le otorgó a la actora una pensión de vejez conforme al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y bajo los preceptos del Acuerdo 049 de 1990, en cuantía inicial de 4.159.029 a partir del 1° de abril de 2007, considerando 1017 semanas cotizadas, IBL conforme al inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y una tasa de remplazo del 75%; iv) que mediante Resolución No. 042526 del 19 de septiembre de 2008, el ISS al resolver el recurso de reposición modificó la fecha de causación de la pensión para reconocerla a partir del 1° de octubre de 2006; v) que la pensión fue reliquidada mediante Resolución No. SUB176938 del 8 de julio de 2019, a partir del 6 de diciembre de 2015, según el artículo 20 del Decreto 758 de 1990 y calculando el IBL con el promedio de

los salarios devengados durante los últimos 10 años, según el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Precisado lo anterior y dado que el problema jurídico se centra en establecer si resulta viable efectuar la reliquidación de las pensiones de vejez a las que les sea aplicable el Acuerdo 049 de 1990 por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta las semanas efectivamente cotizadas al ISS y los tiempos laborados a entidades públicas, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL2557-2020, determinó que el criterio jurisprudencial que permitía la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado también era aplicable a la reliquidación de la pensión en los siguientes términos:

“(…)

Así, la Sala debe resolver si el Tribunal incurrió en un error jurídico al determinar que el Acuerdo 049 de 1990 no permite acumular los tiempos de servicios públicos cotizados a otras cajas o fondos, con los efectivamente aportados al ISS.

Pues bien, en recientes pronunciamientos la Corte cambió de criterio jurisprudencial y estableció que en el marco del Acuerdo 049 de 1990 es procedente la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales (CSJ SL1947-2020 y CSJ SL1981-2020). Precisamente, en la primera referida, la Corporación explicó:

(…)

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

Así las cosas, la recurrente tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión.

(…)”.

Considerando que la anterior premisa jurisprudencial permite la reliquidación de la pensión de vejez bajo el criterio señalado y toda vez que no existe controversia en que la sumatoria de tiempos públicos y privados arroja un total de 1.303,14 semanas cotizadas, siendo que en tiempos públicos acredita un total de 1919 días de servicios prestados al estado (equivalentes a 274,14 semanas), conforme se indica en la resolución No. 0010003 de 2007 y las 1029 semanas cotizadas en el sector privado según se establece en los reportes de semanas cotizadas en pensiones, obrantes en el expediente administrativo allegado por Colpensiones, se tiene que este acumulado era el que debió haberse considerado para establecer el valor de la tasa de reemplazo pues tampoco existe discusión en que el IBL con el debía calcularse la pensión correspondía al promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años.

Así, verificado el artículo 20 del Decreto 758 de 1990¹, se advierte que el mismo establece lo siguiente:

“Artículo 20. Integración de las pensiones de invalidez por riesgo común y de vejez. Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así:

(...)

I. Pensión de Vejez:

a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,

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

¹Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1° de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.

Parágrafo 1° El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas. El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.

Parágrafo 2° La integración de la pensión de vejez o de invalidez de que trata este artículo, se sujetará a la siguiente tabla:

PORCENTAJE DE PENSION SOBRE SALARIO MENSUAL DE BASE

Número semanas	% Inv. P. total	% Inv. P. absoluta	% Gran Inv.	Vejez
500	45	51	57	45
550	48	54	60	48
600	51	57	63	51
650	54	60	66	54
700	57	63	69	57
750	60	66	72	60
800	63	69	75	63
850	66	72	78	66
900	69	75	81	69
950	72	78	84	72
1.000	75	81	87	75
1.050	78	84	90	78
1.100	81	87	90	81
1.150	84	90	90	84
1.200	87	90	90	87
1.250 o más	90	90	90	90

Número de semanas: Número de semanas cotizadas.

% Inv. P. Total: Porcentaje Invalidez Permanente Total.

% Inv. P. Absoluta: Porcentaje Invalidez Permanente Absoluta.

% Gran Inv.: Porcentaje Gran Invalidez.”

Atendiendo lo señalando en la norma antes citada y como en este caso la actora acreditaba mas de 1250 semanas cotizadas, se tiene que la tasa de reemplazo aplicable en el caso abajo análisis correspondía al 90%.

Finalmente, debe indicarse que si bien se ordenó por el a quo modificar la Resolución No. SUB 176938 del 8 de julio de 2019, en el sentido de liquidar la mesada pensional teniendo como IBC el promedio de lo devengado en los últimos diez años de servicios, contando con una densidad de semanas equivalentes a 1.303,14 y aplicando una tasa de reemplazo

equivalente al 90%, tal determinación se encuentra ajustada siendo que no se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción en la medida que la referida resolución fue expedida con sustento en la petición presentada por la actora el 6 de diciembre de 2018, según se extracta del mismo acto administrativo.

En ese orden de ideas y bajo las anteriores premisas se procederá a confirmar la decisión de primera instancia y se recoge cualquier criterio expuesto, por razón y en aplicación del pronunciamiento jurisprudencial aquí citado.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

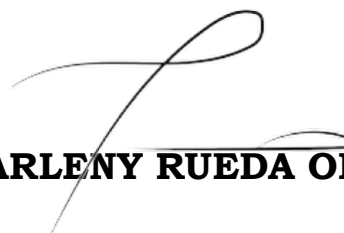
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 30 de agosto de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BEATRIZ URIBE
SALAMANCA CONTRA PRODUCTOS RAMO S.A.**

RADICADO: 11001 3105 014 2018 00318 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós
(2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de julio de 2021. La sentencia impugnada declaró la nulidad del contrato de transacción suscrito entre las partes en contienda, ordenó el

reintegro de la actora a la demandada junto con el pago de salarios y prestaciones sociales, así como ordenó el pago de la indemnización de 180 días de salario y declaró probada la excepción de compensación. El recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión.

En esta instancia, se allegaron alegatos por las partes. En su escrito el apoderado de la demandada señaló que se omitió valorar en debida forma la jurisprudencia de la C.S.J. en relación con la garantía de estabilidad laboral reforzada, la existencia de un mutuo acuerdo elevado a un acuerdo transaccional que motivó la terminación del contrato de trabajo sin que se presentara vicio alguno del consentimiento, la inobservancia del juez frente a que la estabilidad laboral reforzada no era un derecho irrenunciable ni cierto e indiscutible y que no se reunían los requisitos establecidos en la jurisprudencia para que se accionara la protección foral al momento de la desvinculación. Por su parte, el apoderado de la parte actora refirió que los argumentos esbozados en el escrito de alegatos de la parte demandada no guardaban coherencia ni se referían al recurso formulado.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que entre las partes existió un contrato de trabajo a termino indefinido durante el periodo comprendido entre el 2 de agosto de 1993 y el 14 de agosto de 2015, que la transacción suscrita entre las partes el 14 de agosto de 2015, a través de la cual se terminó el contrato era nula, en

consecuencia, se declarara la ineficacia de la terminación del contrato en términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que la terminación del contrato de trabajo se dio de manera unilateral y sin justa causa, se ordenara el reintegro a su puesto de trabajo y al pago de salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales desde el 15 de agosto de 2015 hasta el día en que se efectuara el reintegro, al pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a las indexación de las sumas y al pago de costas.

En sustento de sus pretensiones, en resumen y para lo que interesa al recurso, afirmó que el 2 de agosto de 1993, celebró contrato a termino indefinido con la demandada, que la labor desempeñada era la de mesera y que el último salario devengado ascendía a \$763.000; que por mas de 10 años presentó sintomatología a nivel lumbar, lo que generó que en junio de 2009 presentara un fuerte dolor de espalda impidiendo el movimiento siendo diagnosticada con hernia discal L4-L5; que como consecuencia del accidente de trabajo fue sometida a cirugía el 8 de diciembre de 2009; que fue reintegrada como mesera con restricciones médicas pero continuo con dolor de brazo izquierdo a nivel de la columna cervical y dorso lumbar siendo atendida en urgencias en la clínica San Rafael diagnosticándosele una inflamación a nivel cervical y dorsal lo que originó “desacondicionamiento físico y/o falta de adaptación al trabajo” y 30 días de incapacidad; que en abril de 2010, la ARL Positiva efectuó análisis de puesto de trabajo determinando recomendaciones de carácter permanente; que producto de las patologías diagnosticadas fue incapacitada de manera prolongada; que en noviembre de

2014, la EPS Compensar expidió concepto favorable de rehabilitación; que el 14 de agosto de 2015, fue requerida por la demandada para que mediante contrato de transacción se diera por terminado el contrato siendo coaccionada para suscribirlo y que la demandada conocía su situación de salud al punto que incluyo en la transacción el rubro “RML” que correspondía a los 180 de que trata el art. 26 L.361/97.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, señalando que no le constaban otros y negando los demás. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que no se negaba el vínculo laboral que sostuvo con la demandante pero que a su finalización se canceló la totalidad de salarios, prestaciones sociales y acreencias laborales a las que tenía derecho la actora, que no existía ninguna prueba que acreditara algún vicio de consentimiento al suscribir el contrato de transacción que implicara su nulidad y que era improcedente la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues esta amparaba al trabajador cuando el contrato era finalizado de forma unilateral y sin justa causa lo que no se ajustaba a los presupuestos de hecho del caso bajo estudio dado que el contrato terminó por mutuo acuerdo como se acreditaba con el contrato de transacción

Propuso las excepciones de mérito que denominó: cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido,

prescripción, compensación y validez del contrato de transacción.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de julio de 2021, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del contrato de transacción suscrito entre la demandante señora BEATRIZ URIBE SALAMANCA y la demandada PRODUCTOS RAMO SAS del día 14 de agosto de 2015, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PRODUCTOS RAMO SAS a reintegrar a la demandante BEATRIZ URIBE SALAMANCA, al cargo que desempeñaba el 14 de agosto de 2015 a 1 de igual o superior categoría hasta que se presente una causa objetiva para la terminación del vínculo y sin solución de continuidad en materia de pago de salarios y prestaciones sociales de acuerdo a la considerada en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PRODUCTOS RAMO SAS a pagar a la demandante BEATRIZ URIBE SALAMANCA la indemnización de 180 días de salario con fundamento en el art 27 de la ley 361 de 1997 equivalente a CUATRO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA \$4.577.940.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de compensación propuesta por el extremo pasivo, en consecuencia, se le autoriza a descontar de lo adeudado por concepto de salarios y prestaciones sociales dejadas de recibir los valores pagados en su favor en virtud del contrato de transacción.

QUINTO: DECLARAR no probadas las restantes excepciones propuestas por la demandada, dado que no enervaron las pretensiones de la demanda.

SEXTO: CONDENAR en costas de la acción a la parte demandada productos Ramos as. Tásense.

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probado que el contrato de transacción no se encontraba afectado de nulidad por vicios en el consentimiento, no obstante, como la validez de la transacción dependía de que la misma no hubiese recaído sobre derechos ciertos e indiscutibles procedería a verificar si para el momento en que

se suscribió la misma la demandante gozaba de algún derecho que por su naturaleza impedía tal transacción.

Así señaló que conforme al material probatorio examinado los testimonios recibidos y atendiendo el precedente de la Corte Constitucional, se encontraba acreditada la situación de debilidad manifiesta de la promotora de la litis con ocasión a las patologías que venía presentando coincidentes con discopatía lumbar múltiple, bursitis de hombro, síndrome del túnel carpiano, ente otros, le limitaban el desarrollo normal de sus funciones en el cargo de mesera, situación de la cual era conocedora la convocada al juicio toda vez que dentro del acuerdo transaccional se estipuló el pago de la suma de 4.578.000 con ocasión a la restricción médica laboral que está presentada de acuerdo a la ley 361 de 1997.

De lo anterior, señaló que resultaba claro para el despacho que la demandante tenía derecho a la estabilidad laboral reforzada la cual le permitía conservar el empleo hasta tanto se configura una causal objetiva que conllevará la desvinculación de la empresa previa autorización de la autoridad competente, lo que se torna como un derecho cierto e indiscutible y por tanto irrenunciable de modo que como al tenor del artículo 15 del CST se prohíbe transar sobre derechos de esta naturaleza se impone restarle todo efecto jurídico al contrato de transacción celebrado entre las partes el día 14 de agosto de 2015 y en consecuencia, al devenir en nula el acta de transacción por la condición de debilidad manifiesta se accede a las pretensiones reclamadas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que se apartaba de la tesis del juzgador de primera instancia, siendo que la demandante en ningún momento probó que la accionada conocía de los padecimientos que afirmaba sufrir y que los mismos se encontraban relacionados con la actividad que desarrollaba como mesera; que no se presentó prueba alguna o dictamen que indicara que las patologías tenían origen laboral o de la que se derivara que tenían conocimiento de la historia clínica de la trabajadora, destacando que al momento de la firma del contrato de transacción la demandante venía desarrollando de manera normal las labores para las cuales había sido contratada; que nunca fue violado el consentimiento de la actora en tanto que las recomendaciones médicas eran conocidas por las partes, por lo que así se dijo dentro del escrito de transacción sobre el reconocimiento de los 180 días, lo cual se ajustaba al CST; que al momento de la terminación por mutuo acuerdo no habían recomendaciones médicas vigentes conocidas por la empresa y que la decisión de finalizar el contrato y la relación con el plan de retiro ofertado de la compañía obedecía única y exclusivamente a los malos resultados económicos y no a la situación médica de la actora.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si se encuentra fundada la condena respecto de la nulidad del acta de transacción y consecuente reintegro por razones de salud y demás pretensiones derivadas de ello.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido durante el periodo comprendido entre el 2 de agosto de 1993 y el 14 de agosto de 2015, en virtud del cual la actora se desempeñó como mesera y devengó como último salario la suma de \$763.000; ii) que la actora presentó restricciones medicas conforme se estipuló en el análisis de puesto de trabajo expedido por Positiva Compañía de Seguros en abril de 2010, documento en el que también se emitieron recomendaciones; iii) que el 14 de agosto de 2015, las partes suscribieron contrato de transacción para la terminación del vínculo laboral a partir de esa misma fecha, en el que además se pactó el pago a la actora de \$13.834.841 para precaver cualquier litigio y de un valor adicional de \$4.578.000 “Por su Restricción médica Laboral “RML”, de acuerdo a la ley 361 de 1997 (ley Clopatofsky), equivalente a 180 días de salario (...)” y iv) que el contrato de transacción suscrito entre las partes el 14 de agosto de 2015, no se encontraba afectado por vicios en el consentimiento.

En su decisión el a quo determinó que la actora tenía derecho a la estabilidad laboral reforzada, situación que le permitía conservar el empleo hasta que se configurara una causal objetiva, lo que se torna como un derecho cierto e indiscutible y por tanto irrenunciable, acarreando restarle todo efecto jurídico al contrato de transacción celebrado entre las partes el día 14 de agosto de 2015 y en consecuencia, la nulidad del acta de transacción.

Se advierte que los reparos del recurrente grosso modo giran en torno a señalar que para la fecha de la suscripción de la transacción la actora se encontraba realizando con normalidad las labores para las que fue contratada, que no tenían conocimiento de las afecciones aducidas por la demandante y que nunca fue violado el consentimiento de la señora Beatriz Uribe Salamanca en tanto que las recomendaciones médicas expedidas eran conocidas por ambas partes y así se había señalado en el escrito de transacción reconociendo los 180 días de salario lo que se ajusta a las normas laborales, lo que acarrea inconformidades no solo respecto de la estabilidad laboral reforzada establecida en cabeza de la actora sino también respecto de la nulidad de la transacción.

Atendiendo el anterior marco, se acudirá al criterio expuesto en sentencia SL3144-2021, a efectos de establecer si el acta de transacción que se suscribe para la terminación de un contrato de trabajo con un sujeto amparado por estabilidad laboral reforzada es válida, siendo que en este caso a juicio de la sala la garantía de estabilidad deprecada se

encontraría acreditada por el reconocimiento expreso que hacen las partes respecto de una restricción medica laboral que presentaba la actora y el pago del equivalente a los 180 días de salario que contempla la Ley 361 de 1997.

Así, se tiene que en la sentencia referida se puntualizó lo siguiente:

“(…)

Respecto al primer punto, para la Corte no es de recibo el argumento que expone la censura en cuanto a que el Tribunal incurrió en un desatino respecto a la aplicación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 porque no consideró que la protección que ella consagra también opera para los casos de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, por las razones que se explican a continuación.

El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo prevé varias formas de terminación del contrato de trabajo, sin embargo, la garantía del artículo 26 de la Ley 361 en comento solo opera para los casos de despido por razones de discapacidad, es decir, que se trate de la finalización del vínculo laboral por razones discriminatorias. Precisamente, en la sentencia CSJ SL1360-2018 la Corporación indicó:

(…)

Ahora, situación diferente es que se hubiere acreditado en el sub lite que el acuerdo para la terminación del contrato de trabajo no fuere válido y en ese caso la terminación se tornaría sin justa causa, por lo que sería pertinente lo adoctrinado por la Sala en la sentencia CSJ SL1360-2018 citada. En dicha providencia, se estableció que «el trabajador puede demandar ante la justicia laboral su despido, caso en el cual el empleador, en virtud de la presunción que pesa sobre él, tendrá que desvirtuar que la rescisión del contrato obedeció a un motivo protervo. Esto, de paso, frustra los intentos reprobables de fabricar ficticia o artificiosamente justas causas para prescindir de los servicios de un trabajador con una deficiencia física, mental o sensorial, ya que en el juicio no bastará con alegar la existencia de una justa causa, sino que deberá probarse suficientemente».

(…)

Conforme lo anterior, le asiste razón al recurrente en cuanto afirma que tenía derecho a la garantía de estabilidad laboral reforzada y la acusación en ese aspecto es fundada. Sin embargo, la Corte no casará la sentencia por las razones que se explican a continuación y que fundamentan la respuesta al tercer punto que planteó la censura.

Nótese que el Juez Plural indicó que si bien los acuerdos que celebren las partes para dar por terminado el contrato de trabajo, en principio, son válidos, podían ser controvertidos judicialmente cuando se evidenciara que se actuó sin capacidad, que la voluntad no fue libre, que recayó sobre causa u objeto ilícitos, o cuando trasgrediera derechos mínimos irrenunciables.

Y en este caso en particular, como se explicó al analizar la acusación fáctica, no se acreditó en el proceso que hubo coacción por parte de la empresa al

accionante para que firmara el acuerdo transaccional que finalizó el vínculo laboral. Además, este no desconoció derechos mínimos que afectaren su validez porque el trabajador puede válidamente consentir una terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo así goce de la prerrogativa de estabilidad laboral reforzada, pues esta no concede un derecho absoluto a permanecer en un puesto de trabajo ni implica que una relación laboral no se pueda terminar.

(...)

Y para la realización de dicho acuerdo transaccional la legislación no ha previsto ninguna formalidad especial o que deban realizarse necesariamente ante el Ministerio de Trabajo, como erradamente lo expone el recurrente.

(...)”

De conformidad con el criterio jurisprudencial citado, se tiene que: i) la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no opera para terminaciones por mutuo acuerdo, precisándose que distinto era que se acreditara que el acuerdo para la terminación del contrato no era válido, caso en el cual la terminación se tornaría sin justa causa y aplicaría el precepto aludido; ii) que el trabajador puede válidamente consentir una terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo aunque goce de la prerrogativa de estabilidad laboral reforzada, en tanto que ésta no concede un derecho absoluto a permanecer en un puesto de trabajo ni conlleva a que una relación laboral no se pueda terminar y iii) para la celebración de una transacción con una persona de las calidades anotadas no se tiene prevista ninguna formalidad.

En ese orden de ideas y como en este caso no se probó que hubo coacción por parte de Productos Ramo S.A., ni vicio alguno del consentimiento por parte de la demandante para que afectara la firma del acuerdo transaccional que finalizó el vínculo laboral, conforme se indicó en forma primigenia por la juzgadora de primera instancia, sin que tal determinación fuera objeto de reparo alguno, se tiene que la transacción era válida, pues según el criterio expuesto de nuestro órgano de

cierre, aunque un trabajador goce de estabilidad laboral reforzada tal protección no le impide que pueda válidamente suscribir una terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, razón por la cual se procederá a revocar la sentencia impugnada ya que contrario a lo sostenido en primera instancia con tal acto no se afectan derechos mínimos.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante; las de primera instancia se revocan y se imponen a en favor de la parte demandada y a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de julio de 2021, y en su lugar absolver a la parte demandada de todas las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: COSTAS en las dos instancias a cargo de la demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de 200.000, y las de primera en 400.000. Inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA
BETHSABE SANCHEZ CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
VINCULADA HERMINIA RINCÓN DE TARQUINO**

RADICADO: 11001 3105 011 2015 00834 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar el grado jurisdiccional de consulta concedido contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de febrero de 2021. La decisión de primera instancia absolvió de todas y cada una de las pretensiones reclamadas.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto de que se le reconociera la pensión de sobrevivientes del señor Diego Tarquino Jiménez (Q.E.P.D.), en un porcentaje del 69,56% en atención a lo ordenado en providencia del 27 de septiembre de 2012, emitida por Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en consecuencia, se condenara a la demandada al pago de las mesadas pensionales causadas desde abril de 2009, al pago del retroactivo dejado en suspenso desde abril de 2009, al pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre y a las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que el causante señor Diego Tarquino Jiménez, ostentaba la calidad de pensionado de la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P. y del ISS; que mediante sentencia del 23 septiembre de 2011, complementada el 28 de octubre de 2011, el Juzgado II Adjunto Laboral del Circuito de Girardot – Cundinamarca, se condenó a la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. E.S.P. a reconocer la pensión de sobrevivientes a partir del 16 de abril de 2009, a las señoras María Bethsabe Sánchez en un porcentaje del 50% y a la señora Herminia Rincón de Tarquino en un porcentaje del 50%, sin embargo, frente a dicha decisión se presentó recurso de apelación, el cual fue resuelto en providencia del 27 de septiembre de 2012, por el Tribunal superior del Distrito Judicial de Cundinamarca – Sala Laboral, en la que se modificó la decisión en el sentido de

que la pensión de sobrevivientes sería del 69,56% a favor de la señora María Bethsabe Sánchez y del 30,44% para la señora Herminia Rincón.

Igualmente, indicó que dentro de los fallos mencionados no se dispuso la orden de pago de la sustitución pensional a cargo de Colpensiones pero si se determinó en providencia que hacía tránsito a cosa juzgada que tanto a ella como a la señora Herminia Rincón les correspondía el derecho a la pensión de sobrevivientes del causante y que el 4 de mayo de 2012, la señora Herminia Rincón solicitó ante Colpensiones el cumplimiento de los fallos, petición que ella coadyuvó, no obstante, en Resolución GNR 6579 del 13 de enero de 2014, Colpensiones negó tal solicitud de reconocimiento por no haber sido condenada en los fallos mencionados.

Mediante auto del 14 de octubre de 2015, notificado por estado el 15 del mismo mes y año, se dispuso la admisión de la demanda y se ordenó la vinculación de la señora Herminia Rincón de Tarquino como interviniente ad excludendum, quien mediante curador ad litem formuló demanda en contra de Colpensiones, para que se declarara que la pensión de sobrevivientes reconocida en los fallos judiciales aducidos debía ser cancelada en porcentaje del 30,44% por Colpensiones con retroactividad desde el 16 de abril de 2009.

Mediante auto del 17 de noviembre de 2016, notificado por estado del 18 del mismo mes y año se aceptó el desistimiento de las pretensiones de la demanda que presentó por el apoderado de la señora María Bethsabe Sánchez, sin

embargo, como la señora Herminia Rincón de Tarquino presentó demanda, se dispuso su admisión y se ordenó continuar con el trámite del proceso.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda presentada por la señora Maria Bethsabe Sanchez, oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, señalando que no le constaban otros y que no era cierto el último. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que dicha entidad no encontraba que la demandante fuera beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por cuanto no cumplía los requisitos que contemplaba la Ley 707 de 2003, especialmente lo relacionado con la convivencia mínima que debía tener con el causante. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o ajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar e innominada o genérica.

Igualmente, contestó la demanda presentada por la interviniente ad excludendum señora Herminia Rincón, refiriendo que no se oponía a las pretensiones en la medida que Colpensiones mediante Resolución VPB 24374 del 8 de junio de 2016, reconoció la pensión a la demandante y a la interviniente ad excludendum en porcentajes proporcionales

al 69,56% y 30,44% respectivamente, por lo que las súplicas de la demanda ya estaban satisfechas. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de IPC ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho a pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de febrero de 2021, el Juzgado Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la ciudadana HERMINIA RINCÓN DE TARQUINO identificada con CC 120.598.729 expedida en el municipio de Girardot Cundinamarca es beneficiaria de la sustitución pensional con ocasión del deceso del ciudadano Diego Tarquino Jimenez, a partir del 16 de abril del año 2009 en un porcentaje equivalente al 32,05% de la mesada pensional que venía percibiendo al momento del deceso y en adelante con los respectivos reajustes legales junto con el respectivo liquidado en los términos y para los efectos de la resolución 24374 del 8 de junio del año 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia para la parte demandada, pese a que ha sido vencida en juicio, toda vez que se presentó la Resolución 24374 del 08 de junio de 2016.

CUARTO: CONSULTAR esta providencia a favor de COLPENSIONES en caso de no ser apelada oportunamente y de conformidad con los argumentos de orden normativo procesal, esbozados en la parte motiva de la presente providencia.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que para resolver la prestación económica la norma aplicable era la vigente a la fecha de fallecimiento, la cual para el caso correspondía al artículo 46 de la Ley 100 de 1993 (Modif. art.

13 L. 797/03), que sería con la que se resolvería la controversia de no ser porque existía el acto administrativo expedido por Colpensiones el 8 de julio de 2016, con el que se reconoció y pagó la sustitución pensional del señor Tarquino a partir del 16 de abril de 2009 a favor de las señoras Herminia Rincón y María Bethsabe Sánchez, con lo que se había resuelto la controversia planteada en la actuación y quedando superada la discusión.

Igualmente, precisó que respecto a la verificación de los requisitos contemplados para tener la calidad de beneficiarias se atendería a lo resuelto en los fallos judiciales y que frente al porcentaje en que se reconoció la pensión, como no se allegaron elementos de juicio para verificar el tiempo de convivencia de cada una de estas se atendería a lo expuesto en el acto administrativo.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si resultaba procedente la sustitución pensional deprecada por la señora Herminia Rincón de Tarquino.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el señor Diego Tarquino Jiménez poseía pensión de jubilación compartida

entre la Empresa de Energía de Cundinamarca¹ y el ISS² (hoy Colpensiones); que el señor Tarquino Jiménez falleció el 16 de abril de 2009; ii) que mediante sentencia judicial de segunda instancia expedida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca, se determinó que la sustitución de la pensión del señor Tarquino Jiménez debía ser cancelada por la empresa de Energía de Cundinamarca a las señoras María Bethsabe Sánchez en un porcentaje del 69,56% y Herminia Rincón de Tarquino del 30,44%; iii) que mediante Resolución VPB 24374 del 8 de junio de 2016, Colpensiones ordenó la sustitución pensional con ocasión del señor Tarquino Jiménez a partir del 16 de abril de 2009, en un porcentaje del 67,95% en favor de María Bethsabe Sánchez y del 32,05% en favor de Herminia Rincón.

Precisado lo anterior y dado que en este caso lo que se pretende es la sustitución pensional a cargo de Colpensiones, no puede dejarse de lado que esa sustitución pensional deprecada obedece a una prestación que tiene el carácter de compartida entre la Empresa de Energía de Cundinamarca y del ISS hoy Colpensiones, es decir, que se trata de una misma pensión, tal y como se ha indicado en sentencia SL4555-2020, en la que se puntualizó lo siguiente:

“Al respecto, importa a la Sala recordar que ante el hecho de que los trabajadores puedan ser beneficiarios de pensiones extralegales y simultáneamente acreedores de la pensión de vejez, la ley reguló la forma como 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 dispuso:

¹ Resolución No. 171 del 15 de febrero de 1990.

² Resolución No. 35605 del 10 de agosto de 2007.

Artículo 18. 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. (Subraya la 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 manera tal que, el querer del legislador fue evitar que para el cubrimiento de un mismo riesgo surgieran concomitantemente dos prestaciones, una de orden extra legal 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 la primera, para lo cual el empresario quedaba obligado a suministrar solamente la diferencia, fenómeno que se conoce como compartibilidad pensional.

La mencionada figura ha sido analizada en diferentes oportunidades por esta Sala de la Corte, verbigracia, en la sentencia SL13996-2014, reiterada recientemente en la SL2963-2018, en la cual se dijo:

(...)

Así las cosas, la referida compartibilidad pensional no tiene por objeto que el pensionado cuente con dos pensiones, pues, precisamente, el efecto de la mentada figura es el de la asunción del riesgo por el ente de seguridad social con el aseguramiento de que no se deteriore el valor de la pensión que se venía percibiendo, por manera que, la prestación de vejez que otorga la entidad administradora será la que se mantendrá como pensión en toda su identidad; de consiguiente, no por el hecho de que el empleador conserve a su cargo el pago del mayor valor que resultare en favor del pensionado, esa diferencia o mayor valor tendrá las connotaciones de una prestación pensional distinta a la de vejez asumida por el ente de seguridad social, por cuanto que ese valor debe mantenerse por no poderse afectar el quantum o monto del derecho pensional subrogado, habida consideración de que ese parámetro pensional queda cobijado por el concepto de derecho adquirido.

(...)”

De acuerdo con el precedente citado, se tiene que tratándose de pensiones compartidas no puede entenderse que surgen dos pensiones diferentes, una extralegal y otra legal, sino que para asegurar el pago de la mayor cuantía en que se hubiese reconocido la pensión por el empleador se

determinó que si el valor que cancelaba directamente el empleador era superior a la que reconociera el ISS, el empleador quedaría obligado a reconocer la diferencia y que en todo caso la pensión de vejez que otorga la entidad administradora sería la que se mantendría en toda su identidad de manera que aunque el empleador conservará el pago del mayor valor no tendría la connotación de una prestación pensional distinta a la de vejez reconocida.

Así las cosas y toda vez que la pensión cuya sustitución se pretende en este asunto, era una pensión de carácter compartida se tiene que se trata de una misma prestación y como quiera que la controversia frente a la sustitución pensional de la prestación de vejez compartida reconocida por la Empresa de Energía de Cundinamarca al causante Tarquino Jiménez, ya había sido dirimida por la Jurisdicción Ordinaria Laboral y existía una situación jurídica consolidada respecto al derecho que les asistía a las demandantes, en cuanto a su calidad de beneficiarias y el porcentaje en que debía ser reconocida la prestación.

Bajo la anterior premisa, resulta desacertado lo expuesto por Colpensiones en el acto administrativo VPF 24374 del 8 de junio de 2016, que ordenó la sustitución pensional en favor de las señoras María Bethsabe Sánchez y Herminia Rincón, relacionado con *“(...) esta administradora efectuará la sustitución de la pensión de vejez de carácter compartida que percibía el causante, a prorrata del tiempo convivido con cada una de las solicitantes, aclarando que la liquidación efectuada por esta administradora es completamente independiente a la realizada por el JUZGADO SEGUNDO ADJUNTO LABORAL DEL CIRCUITO DE GIRARDOT CUNDINAMARCA, ya que como*

se ha reiterado en consideraciones precedentes, dicha decisión NO es vinculante para COLPENSIONES”, advirtiéndose que bajo esta consideración procedió a efectuar el reconocimiento pensional para la señora María Bethsabe Sánchez en porcentaje del 67,95% y para Hermia Rincón del 32,05%.

A pesar de lo anterior, se procederá a confirmar la decisión, en la medida en que se aceptó el desistimiento de las pretensiones de la señora María Bethsabe Sánchez, con lo que se entiende conforme con la misma; la decisión de Colpensiones resultó más favorable a la señora Herminia Rincón y no existe controversia en que el derecho les asistía.

En ese orden de ideas y bajo las anteriores premisas se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 3 de febrero de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA FILENA
CHAVARRO DE ROJAS CONTRA UGPP**

RADICADO: 11001 3105 011 2019 00400 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la UGPP y el grado jurisdiccional concedido contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de septiembre de 2021. La sentencia impugnada impuso condena a la UGPP ordenando a dicha demandada la indexación de la primera mesada pensional de la pensión del causante Humberto Rojas

Silva y por tanto era procedente la reliquidación de la pensión de sobreviviente de la actora, se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y se ordenó el pago del retroactivo. El recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de dicha condena.

En esta instancia se allegaron alegatos por la UGPP, en los que se reiteró lo expuesto en el trámite de instancia, enfatizando en lo relacionado con la indexación de la primera mesada pensional que esta era improcedente en la medida en que el certificado de salarios señalaba que el último salario devengado por el causante fue en cuantía de \$11.109 para el mes de marzo de 1982 y que la prestación fue reconocida para el año 1989 con una mesada de \$33.760, de lo que se evidenciaba que la mesada si se indexo, resaltó que como el reconocimiento se efectuó en resolución del año 1992, la misma atendió a los reajustes de los años 1990, 1991 y 1992, debiéndose considerar que conforme lo indicó la Corte Constitucional la indexación era procedente cuando se rompía de manera abrupta la proporción entre el valor histórico de la pensión y su valor actual y esta circunstancia tenía como consecuencia la afectación del derecho al mínimo vital.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto de que se declarara que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reconocida por el empleador al extrabajador Humberto Rojas Silva (Q.E.P.D.) y tiene derecho a que se reliquidara la pensión de jubilación convencional reconocida por el empleador Caja

de Crédito Agrario Industrial y Minero en Liquidación, teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, de acuerdo a lo establecido en la Convención Colectiva de Trabajo (1982 - 1984), en consecuencia, se condenara a la UGPP a reconocer y pagar las diferencias por la reliquidación de la pensión a partir de la fecha en que la misma fue reconocida al ex trabajador, esto es, a partir del 7 de agosto de 1989, a la indexación de las mesadas pensionales, a pagar las mesadas pensionales que se causaran entre la fecha de presentación de la demanda y la sentencia, a las facultades ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que al señor Humberto Rojas Silva, fue pensionado por jubilación por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en Liquidación, a partir del 7 de agosto de 1989, mediante Resolución No. 2107 del 20 de octubre de 1992, atendiendo lo estipulado en el art. 39 y parágrafo de la CCT vigencia 1982-1984 y en cuantía inicial de \$33.760,14; que al liquidar el valor de la pensión la entidad omitió indexar el último salario devengado (1982) hasta la fecha en que se hace exigible (1989); que el salario devengado por el señor Humberto Rojas Silva durante el ultimo año de servicios ascendió a \$50.961 según certificado expedido por el Ministerio de Agricultura y desarrollo rural; que al liquidarse la pensión de acuerdo con el art. 39 de la CCR el valor de la primera mesada pensional ascendería a \$153.914, aplicando la formula establecida; que el señor Rojas Silva falleció el 18 de enero de 2012; que mediante Resolución No. 2457 de 2012, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia, le

I

reconoció su condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y que la UGPP mediante resolución No. RDP 006284 del 26 de febrero de 2019 se negó la reliquidación solicitada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que no era procedente la reliquidación de la prestación y toda vez que la misma se liquidó con los factores salariales devengados por el causante y los cuales se encontraban regulados por la CCT en su artículo 39, esto es, teniendo en cuenta la totalidad de los factores devengados por el causante durante el último año de la prestación de sus servicios.

En lo que respecta a que la mesada no fue indexada, señaló que conforme a los documentos que reposaban en el expediente administrativo, se tenía que la pensión había sido reconocida mediante Resolución No. 2107 de 1992 y que el valor había sido indexado siendo que el último salario devengado en el mes de marzo de 1982 en cuantía de \$11.109 y cuando fue reconocida la prestación se determinó la primera mesada en cuantía de \$33.760 para el año 1989, precisándose que como el reconocimiento se efectuó en resolución del año 1992, la misma atendió a los reajustes de los años 1990, 1991 y 1992, aun y sin que existiera mandato legal que lo impusiera como obligación. Igualmente, aclaró que las disposiciones de la Ley 100 de 1993, relacionadas con el reajuste de las

pensiones reconocidas no cubría el reajuste de los salarios sobre los cuales se calculó la primera mesada pensional, ya que era a partir de la adquisición del estatus pensional que se podían efectuar los reajustes e incrementos. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho, improcedencia de la indexación, improcedencia de reliquidación con factores salariales en vigencia de la ley 100 de 1993, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de septiembre de 2021, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el valor de la mesada pensional que debió recibir el causante señor Humberto Rojas Silva (Q.E.P.D.) para el año 1989 ascendía a la suma de \$135.949,63.

SEGUNDO: DECLARAR que a la demandante María Filena Chavarro de Rojas le asiste derecho a la reliquidación de su pensión de sobreviviente, de acuerdo con lo considerado.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, respecto de las diferencias por concepto de mesada pensional causadas con anterioridad al 14 de enero de 2016.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP a pagar en favor de la demandante María Filena Chavarro de Rojas el valor correspondiente al retroactivo pensional por la suma de \$ 48.926.214,77, con corte al 31 de agosto de 2021, valor que además deberá ser indexado, conforme a los parámetros establecidos en la parte considerativa de este proveído.

A su vez se autoriza a la demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, para que realice los descuentos respectivos con destino al sistema general en salud.

QUINTO: CONDENAR a la UGPP a pagar en lo sucesivo en favor de la demandante, los mayores valores, conforme quedó reliquidada la pensión de jubilación que le fue sustituida, por 14 mesadas al año y con los incrementos año a año decretados por el gobierno nacional.

SEXTO: CONSÚLTESE con el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá.

SEPTIMO: Condenar en costas a la parte demandada Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Fíjense como agencias en derecho suma equivalente a 4 smlmv.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que revisados los factores que se tuvieron en cuenta para efectuar la liquidación no se evidenció inconsistencia alguna, sin embargo, si se incurrió en un error respecto de la indexación del promedio de lo devengado por el causante durante el último año de servicio (1982) al momento del reconocimiento pensional (1989), pues la misma debió efectuarse independientemente del tipo de pensión según criterio reiterado de la C.S.J.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la UGPP interpuso recurso de apelación parcial con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que considera que no hay lugar a la indexación ordenada toda vez que como se evidenciaba en el certificado de salarios, considerando el último salario devengado por el señor Humberto Rojas para el año 1982 y la prestación reconocida para 1989, se incrementó su valor teniendo en cuenta la indexación ordenada por la ley, además, resaltó que en el año 1995 de acuerdo con la expuesto en la Resolución del 16 de enero de 1995, emitida por la división de pensiones de la caja

de crédito agrario industrial y minero, se hizo un reajuste y posteriormente se hicieron otros reajustes anuales desde que se efectuó el reconocimiento al señor Humberto y también a la sustitución pensional a la actora, por lo que no habría lugar a la indexación ordenada y frente a las costas que debía tenerse en cuenta que se estaba frente a una entidad de derecho público por lo que no cabía la condena automática puesto que debía valorarse si la entidad o la parte demandada actuó con temeridad o mala fe, lo que en este proceso no se evidenció.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si resultaba procedente efectuar la indexación de la primera mesada pensional del señor Humberto Rojas Silva y en consecuencia el reajuste de las mesadas causadas desde la fecha de causación del derecho en favor de la actora a quien le fue sustituida la pensión.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que al señor Humberto Rojas Silva, le fue reconocida pensión de jubilación por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, mediante resolución No. 2107 del 20 de octubre de 1992, a partir del 7 de agosto de 1989, en cuantía inicial de \$33.760,14, bajo los preceptos del art. 39 de la CCT; que el señor Rojas Silva, falleció el 18 de enero de 2012; que mediante Resolución No. 2457 del 27 de julio de

2012, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia¹ le reconoció pensión de sobrevivientes a la actora en calidad de cónyuge supérstite del señor Rojas Silva, a partir del 19 de enero de 2012, en cuantía de \$566.700 correspondiente al 100% de la mesada pensional que venía disfrutando el causante.

Atendiendo las situaciones fácticas, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL2695-2022, ha señalado que la indexación de la primera mesada pensional también opera para las pensiones convencionales, precisando que primero lo fue para “(...) *aquellas causadas con posterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991 (CSJ SL, 31 jul. 2007, rad. 29022) y luego, en sentencia CSJ SL736-2013, la extendió para cobijar todo tipo de pensiones causadas antes o después de la vigencia de la actual Carta Política (...)*”.

Adicionalmente, debe memorarse que en criterio de las altas cortes la indexación de la primera mesada se produce, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder a la prestación cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que, con ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento pues habría perdido poder adquisitivo.

Conforme a los anteriores lineamientos, resulta evidente que para la fecha en que el causante se desvinculó de la entidad accionada devengaba un salario que no representaría

¹ Ver artículo 9 del Decreto 2721 del 23 de julio de 2008.

el mismo valor para el momento en que le fue reconocida la pensión de jubilación, pues habían transcurrido mas de 7 años desde la desvinculación (10 de marzo de 1982) y la fecha a partir de la cual se ordenó el reconocimiento pensional (7 de agosto de 1989).

En este punto, igualmente debe destacarse que pese a que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se alude que se realizó el reajuste pensional conforme lo estipulado en la Ley 71 de 1988 (reajuste en el porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual), no es menos cierto que el propio acto administrativo puntualiza que tal reajuste se efectuó para las vigencias 1990, 1991 y 1992, es decir, para los años respecto de los cuales se generaba retroactivo pensional, siendo que la pensión se reconoció en resolución No. 2107 del 20 de octubre de 1992, pero a partir del 7 de agosto de 1989, por lo que no existe duda que en este caso no se indexó la primera mesada pensional y por tanto la condena efectuada por el a quo en este sentido resultaba procedente.

Continuando con el análisis, debe indicarse que para liquidar la indexación de la primera mesada pensional, debe aplicarse la siguiente formula: **VA = VH x IPC Final /IPC Inicial**, en donde: **VA** corresponde al valor actualizado; **VH** (valor histórico), corresponde al último salario promedio mes devengado; **IPC FINAL** es el índice de precios al consumidor de la última anualidad anterior a la fecha de pensión e **IPC INICIAL** es el índice de precios al consumidor de la última

anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

En forma previa a entrar a analizar la liquidación debe recordarse que aunque el derecho a la pensión no prescribe si prescriben las mesadas pensionales y en esa medida como la demandante presentó reclamación ante la UGPP el 14 de enero de 2019, con ello se interrumpió el término de prescripción, tal y como se señaló por al quo, siendo que la demanda se presentó el 13 de junio de 2019, razón por la cual la reliquidación procedía a partir del 14 de enero de 2016, tal y como se señaló por la juzgadora de primera instancia.

Así, se solicitó apoyo al grupo de liquidadores de la Rama Judicial, quien procedió a efectuar las operaciones aritméticas para establecer el valor de la indexación de la primera mesada pensional, encontrando lo siguiente:

Indexación Primera Mesada Pensional						
Año Inicial	Año final	Salario promedio	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Salario actualizado
1982	1989	\$ 45.013,52	1,140	4,580	4,018	\$ 180.843,79

Primera Mesada Pensional		
Ingreso Base Liquidación		\$ 180.843,79
Porcentaje aplicado		75%
Primera mesada		\$ 135.632,84
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	1989	\$ 32.560,00

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
14/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 2.463.291,00	13,57	\$ 33.418.647,9
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 2.604.930,00	14,00	\$ 36.469.020,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.711.472,00	14,00	\$ 37.960.608,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.797.697,00	14,00	\$ 39.167.758,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.904.009,00	14,00	\$ 40.656.126,0
01/01/21	31/08/21	1,61%	\$ 2.950.764,00	9,00	\$ 26.556.876,0

En ese orden, se advierte que la el valor de la primera mesada pensional difiere en algunos pesos frente a la determinada por el aquo por lo que se modificara la decisión en el entendido que la primera mesada pensional correspondía a \$135.362,84.

Igualmente, se tiene que al comparar lo pagado por la demandada con la mesada que realmente le correspondería al causante y en la actualidad a la actora se advierte que en efecto habría una diferencia por pagar en suma casi coincidente a la establecida en primera instancia, tal y como se advierte a continuación:

AÑO	PERIODO LIQUIDACION		No. MESADAS	MESADA PAGADA	MESADA INDEXADA	DIFERENCIA
2016	14/01/2016	31/12/2016	13,57	\$ 25.411.038,97	\$ 33.418.647,90	\$ 8.007.608,93
2017	1/01/2017	31/12/2017	14	\$ 27.844.343,66	\$ 36.469.020,00	\$ 8.624.676,34
2018	1/01/2018	31/12/2018	14	\$ 29.170.110,62	\$ 37.960.608,00	\$ 8.790.497,38
2019	1/01/2019	31/12/2019	14	\$ 30.406.147,24	\$ 39.167.758,00	\$ 8.761.610,76
2020	1/01/2020	31/12/2020	14	\$ 31.816.641,08	\$ 40.616.126,00	\$ 8.799.484,92
2021	1/01/2021	31/08/2021	9	\$ 20.932.170,57	\$ 26.556.876,00	\$ 5.624.705,43
TOTAL						\$ 48.608.583,76

En ese orden y como la suma aquí establecida es inferior a la establecida por el a quo, se procederá a modificar el numeral 4° de la decisión en el sentido que el retroactivo pensional asciende a \$48.608.583,76.

Finalmente, en lo que respecta a las costas debe tenerse presente que conforme se establece en el numeral 1° del artículo 365 del CGP, éstas se deben asumir por la parte que

resulte vencida en un proceso judicial, por lo que la condena en costas si resulta procedente.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de septiembre de 2021, en el entendido que el valor de la mesada pensional que debió recibir el causante señor Humberto Rojas Silva (Q.E.P.D.) para el año 1989 ascendía a la suma de \$135.362,84.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 4° de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de septiembre de 2021, en el entendido que el valor del retroactivo que debe reconocer y pagar la demandada a la demandante asciende a \$48.608.583,76.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA
ESPERANZA BERNAL RINCÓN CONTRA
ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 11001 3105 029 2017 00410 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de julio de 2021. La sentencia impugnada absolvió de la totalidad de las

pretensiones y el recurso de apelación tiene por objeto se conceda la pensión de sobrevivientes.

En esta instancia se allegaron alegatos por la parte actora y Seguros Bolívar S.A., en los que se reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes del señor José Carlos Pizza Yepes en calidad de cónyuge sobreviviente en 14 mesadas anuales, al pago del retroactivo generado desde la fecha de fallecimiento del causante y al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que el señor José Carlos Pizza Yepes, falleció el 2 de febrero de 2005; que convivió bajo el mismo techo, lecho y mesa como con el causante desde el 20 de junio de 1982 hasta su fallecimiento y que presentó reclamación de pensión ante la demandada en el año 2010, siendo negada en comunicación del 20 de mayo de 2011, porque a pesar de contar con más 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores al sistema (218,28) no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema para dejar causado el derecho.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Protección S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que el afiliado no había dejado causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, tal como la cotización de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su muerte, adicionalmente, señaló que efectuó la devolución de saldos a favor de la aquí demandante Martha Esperanza Bernal Rincón y de su hijo Carlos Andrés Pizza Bernal. Propuso las excepciones de mérito que denominó: incumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deprecada, improcedencia del reconocimiento pensional por haberse otorgado la devolución de saldos, excepción de compensación, buena fe por parte de la demandada y prescripción.

Mediante auto del 27 de junio de 2018, se declaró procedente el llamamiento en garantía realizado por Protección S.A. a Seguros Bolívar S.A., quien contestó la demanda refiriendo que se oponía a las pretensiones por cuanto debía demostrarse que tenía derecho a la pensión de sobrevivientes.

En cuanto a las pretensiones del llamamiento aludió que se oponía ya que para que se reconociera la suma adicional para financiar la pensión de sobrevivientes la demandante debía acreditar que el origen del fallecimiento era común, el cumplimiento del requisito de 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento del causante y

se acreditara la calidad de beneficiaria como lo dispone el artículo 74 del Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 13 L. 797 de 2003. Propuso las excepciones de mérito que denominó: falta de acreditación de cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, prescripción e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de septiembre de 2021, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora MARTHA ESPERANZA BERNAL RINCÓN identificada con C.C. 51.686.890, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de incumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia propuesta por la demandada PORTECCION S.A. y no probadas las demás.

TERCERO: ABSOLVER a la llamada en garantía COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. de las pretensiones incoadas en contra ella, conforme a la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: REMITIR el expediente a la sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, en caso que la presente decisión no sea impugnada.

Como fundamento de la decisión, el juzgado señaló que la norma que regulaba el asunto era la vigente para la fecha del fallecimiento (2 de febrero de 2005), el derecho reclamado debía estudiarse a la luz de lo establecido en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, de acuerdo con los cuales se requerirían 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento, requisito que señaló se cumplía

pues incluso así lo reconoció Protección en comunicación expedida pero que no se cumplió con el requisito de fidelidad al sistema, aspecto que también evidenció el juzgado.

Acto seguido, se procedió a analizar si era factible dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, así atendiendo a lo expuesto en la jurisprudencia señaló que era dable la aplicación del principio de la condición más beneficiosa pero respecto de la normativa interior, esto es, el artículo 46 original de la ley 100/93 cuando el fallecimiento ocurriera en vigencia de la Ley 797/03, sin embargo que solo era posible que la Ley 797/03 difiriera sus efectos jurídicos hasta el 29 de febrero de 2006, exclusivamente para personas con una expectativa legítima, lo que era factible en 4 eventos, uno de los cuales correspondencia a que el afiliado no se encontrara cotizando al momento del cambio normativo que ocurrió el 29 de enero de 2003, debiendo entonces acreditar 26 semanas de cotización dentro del año inmediatamente anterior a la data del tránsito legislativo, esto era, entre el 29 de enero 2002 y el 29 de enero de 2003, situación que tampoco se acreditaba por el causante.

En consecuencia, no era dable acudir al principio de la condición más beneficiosa, ni dar aplicación a la ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, pese a comprobarse en debida forma la convivencia de la demandante con el causante con los testimonios practicados ante la ausencia de los requisitos necesarios para la causación y titularidad de la pensión de sobrevivientes.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que se acreditaron cada uno de los requisitos de ley, pues se demostró la convivencia de la actora con el causante, siendo que las pruebas testimoniales fueron contestes en informar sobre la convivencia y el documento de matrimonio daba cuenta de ello, igualmente, señaló que conforme a la prueba documental en especial el expediente administrativo, se podía colegir que el causante cumplió con más de 218 semanas para cumplir el requisito de las 50 semanas y la jurisprudencia abolió el requisito de fidelidad contemplados en los literales a y b del artículo 12 de la ley 797 del 2003, por lo tanto se cumplía con los requisitos teniendo en cuenta que el señor José Carlos Yepes dejó causado el derecho.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si era posible efectuar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la señora Martha Esperanza Bernal Rincón, en calidad de compañera permanente y las demás pretensiones derivadas de ello.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) el señor José Carlos Pizza Yepes, falleció el 2 de febrero de 2005 (fl. 19); ii) que la actora contrajo matrimonio católico con el causante el 20 de junio de 1982 (fl. 20); iii) que mediante comunicación del 20 de mayo de 2011, Protección S.A., se pronunció respecto a la pensión de sobrevivencia del causante refiriendo que si bien se cumplió con el requisito de las 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores al fallecimiento ya que se cumplió con 218,28 semanas durante ese lapso no cumplió con el requisito de fidelidad siendo que desde la fecha en que cumplió 20 años hasta la fecha de fallecimiento debió haber cotizado 243.23 semanas que correspondían al 20% de ese valor y solo cotizó 218.28 semanas, en consecuencia, negó el reconocimiento en favor de los beneficiarios habilitando en favor de estos la devolución de los saldos, así: para la actora en calidad de cónyuge en un 50% y para Carlos Andrés Pizza Bernal, en calidad de hijo, en un 50%. (fl. 15 y 75) y iv) que Protección S.A. en comunicación del 1° de diciembre de 2016, refirió que daban alcance a la comunicación del 20 de mayo de 2011, en la que se informó sobre la devolución de saldos, en el sentido de precisar que el afiliado fallecido contaba con 218.8 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones y no contaba con semanas cotizadas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento (fl. 78).

Bajo los supuestos fácticos del asunto, el derecho reclamado se regula por la Ley 100 de 1993 y las modificaciones introducidas a la misma, por la Ley 797 de

2003, toda vez que la muerte del señor José Carlos Pizza Yepes, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (2 de febrero de 2005).

Así, se tiene que el **artículo 73 de la Ley 100 de 1993**, establece que los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el RAIS, así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48, de la misma ley.

A su turno, **el artículo 46 de la Ley 100 de 1993** (Modificado artículo 12 de la Ley 797 de 2003), contempla los requisitos generales para obtener la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional en los siguientes términos:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: (Subrayas y negrita fuera de texto)

a. Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;

b. Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.

**Literales declarados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-556-09 de 20 de agosto de 2009, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.*

(...)”.

De las normas antes transcritas, se advierte que, para la fecha de fallecimiento del causante, 2 de febrero de 2005, se encontraban vigentes los literales a y b del numeral segundo

del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 (Modif. Art. 12 Ley 797/03), que contemplaban el requisito de fidelidad al sistema, por lo que se procederá a analizar si en este caso, los mismos resultaban o no aplicables, pues en ello se centra el reparo principal de la apoderada de la actora.

Sobre el tema conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia No. SL4515-2021, Rad. No. 85627, de fecha 8 de septiembre de 2021, indicó:

“(…)

Por otra parte, observa la Sala que la demanda fue contestada el 3 de octubre de 2011, f. 60, cuando la jurisprudencia laboral no reconocía la pensión de sobrevivientes por falta del requisito de fidelidad por el fallecimiento del afiliado con fecha anterior a la sentencia C-556 de 2009. Se recuerda que fue con la sentencia CSJ SL de 20 de jun. de 2012, no. 42540, que esta Sala modificó su postura frente a la aplicación de la sentencia C-556 de 2009 estrictamente hacia el futuro, la cual venía sosteniendo con apoyo en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, en cuanto a que el juez constitucional en la parte resolutive no previó que esa decisión tuviese efectos retroactivos. Entonces, la Sala sostenía que, al no haber sido modulados los efectos del fallo por la Corte Constitucional al realizar el control abstracto, se entendió que, durante el periodo en que tuvo vigor la exigencia de fidelidad de cotizaciones al sistema, estuvo amparada por la presunción de constitucionalidad y su aplicación en ese interregno resultaba obligatoria.

Fue el 20 de junio de 2012 que, por decisión mayoritaria de entonces, la Sala varió su criterio en lo referente a los efectos que debe surtir la declaratoria de inexequibilidad de una determinada disposición en materia de seguridad social, cuando esta ha impuesto un requisito que el juez de la Carta encuentra contrario a preceptos superiores, por ser abiertamente regresivo. Con fundamento en el principio de progresividad, aunado a los demás principios constitucionales, esta Sala estimó que «...el juez debía abstenerse de aplicar la disposición regresiva sobre el requisito de fidelidad, aún frente a situaciones consolidadas antes de la declaratoria de inexequibilidad, en las hipótesis en que ella se constituya en un obstáculo para la realización de la garantía pensional» CSJ SL de 20 de jun. de 2012, no. 42540.”

De conformidad con el precedente citado se tiene que de vieja data y desde la expedición de la sentencia No. 42540 del 20 de junio de 2012, nuestro máximo órgano de cierre ha venido señalando que se debe inaplicar la disposición

regresiva del requisito de fidelidad inclusive frente a situaciones consolidadas antes de la declaratoria de inexequibilidad en tanto esta se constituya en un impedimento para el reconocimiento pensional.

Bajo el anterior entendimiento, se procederá a analizar si el causante dejó causado el derecho, esto es, si cumplía con el requisito de las 50 semanas cotizadas, siendo que este requisito es el que habilita el derecho a la pensión de sobrevivientes sin que el mismo a la fecha haya sufrido modificación alguna, debiéndose en este punto resaltar que si bien se aludió por la juzgadora de primera instancia que frente a esto no existía controversia ya que así se había determinado por Protección S.A. en comunicación del 20 de mayo de 2011, lo cierto es que dicha demandada en comunicación del 1° de diciembre de 2016, dio alcance a la mencionada comunicación y adujo lo contrario, pues refirió *“(...) el afiliado contaba con 218,8 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones y no contaba con semanas cotizadas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento.”*

En esa medida, se procedió a verificar el expediente administrativo a efectos de establecer si el causante acumulaba 50 semanas cotizadas entre el 3 de febrero de 2002 al 2 de febrero de 2005, encontrando que como lo refirió la demandada en su contestación, el señor Pizza Yepes, no acreditaba ninguna semana cotizada en los 3 años anteriores al deceso, es más, lo que refleja el expediente administrativo y las pruebas allegadas por la demandada, es que las 218,29

[illegible]

```

Fecha de generación: 20110322
Identificación: C.C. 19489826
Nombre: JOSÉ CARLOS PIZZA VERDES
Dirección: EF 49A 6 53
Ciudad: BOGOTÁ
Tipo Vinculación: Tránsito de régimen
Estado del afiliado: ACT
Departamento: BOGOTÁ D.C.
Fecha de Afiliación: 19951114
Fecha inscripción: 18961201
Fecha de corte: 20110301

```

Página: 1

SALDO CUENTA INDIVIDUAL:

Valor de la unidad	23.404,73452291	
	Cuentas	Valor
Cotización obligatoria	0,00000000	0
Cotización voluntaria afiliado	0,00000000	0
Cotizac. voluntaria empleador	0,00000000	0
Rendim. aportes obligatorios		0,03
Rendim. aportes voluntarios		0,03
Intereses	3,20000000	0
Rendimientos	0,00000000	0
Bono acreditado	0,00000000	0
SALDO TOTAL	0,00000000	0

SALDO TOTAL
 Cuentas acreditadas
 SECCION RESPUESTA AL CLIENTE
 10th

En ese orden de ideas, se tiene que en este caso el señor José Carlos Pizza Yepes, no dejó causado el derecho para la pensión de sobrevivientes y por tanto no habría lugar si quiera a entrar a analizar si se acreditaban o no los requisitos para tener la condición de beneficiaria del derecho.

Por las anteriores razones, se procederá a confirmar la decisión de primera instancia, pero atendiendo a las consideraciones aquí realizadas.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante-

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

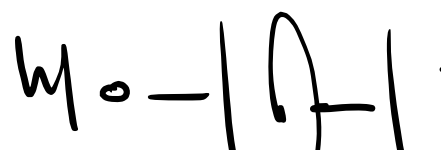
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NEFTALY
ZAPATA DELGADO CONTRA UNIDAD DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP VINCULADO
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 029 2019 00735 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós
(2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de
apelación presentado por el apoderado de la UGPP contra la
sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del

Circuito de Bogotá D.C., el 26 de julio de 2021. La sentencia impugnada ordenó el pago de la mesada 14 a cargo de la UGPP y el recurso de apelación tiene por objeto se revoque la decisión y se absuelva de las mismas.

En esta instancia se allegaron alegatos por las partes, en los que se retiraron los argumentos expuestos en el trámite de ante el juzgado, señalándose adicionalmente por el apoderado de la UGPP que la pensión convencional tal como se encontraba consignada en la CCT, exigía que debían confluír los requisitos de edad y tiempo de servicio como requisitos de causación, siendo que de su sentido literal se desprende que no basta sólo con cumplir el periodo mínimo de servicio para que el trabajador sea beneficiario, la que sería causada y no sólo exigible una vez llegue a la edad estipulada, desconociendo la voluntad de las partes en la fijación de las condiciones bajo las cuales se desarrollaban las relaciones de trabajo.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que se causó el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional, por cumplir los requisitos previstos en la CCT 1998-1999, suscrita por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero; que la UGPP debía reconocerle y pagarle la pensión de jubilación con 14 mesadas debidamente indexadas a partir de la fecha de exigibilidad del derecho, es decir, cuando cumplió

55 años, por tratarse de un derecho adquirido antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y al pago de las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que nació el 18 de agosto de 1951; que prestó sus servicios para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S.A. como trabajador oficial mas de 20 años, hasta el 27 de junio de 1999; que su empleador le reconoció pensión de jubilación convencional mediante resolución No. 04884 del 1° de noviembre de 2006, la cual fue reajustada mediante Resolución No. 4085 del 16 de diciembre de 2013, pero que en ninguna de estas se reconoce la mesada 14 y que en escrito del 17 de septiembre de 2019, solicitó a la UGPP el reconocimiento de la mesada 14, la cual le fue negada mediante oficio del 26 de septiembre.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, negando otros y señalando que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que se estaba solicitando el reconocimiento y pago de una pensión convencional y mesadas pensionales adicionales con una entidad diferente a la convocada, la cual ya se encontraba liquidada resultando imposible declarar la existencia del derecho respecto de una entidad que desapareció de la vida jurídica, señalando además que mediante Resolución No. 4085 del 16 de octubre de 2013, se indexó la primera mesada pensional del actor elevando la

cuantía a la suma de \$1.243.185, efectiva a partir del 18 de agosto de 2006, en donde el valor reconocido era superior a 3 SMMLV y en consecuencia no se cumplían con las previsiones contenidas en el Acto legislativo 01 de 2005 para conceder el pago de la mesada 14.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de integración del litisconsorcio necesario, falta de causa para demandar, inexistencia de la obligación, compensación, prescripción, inexistencia de la convención colectiva de trabajo, acto legislativo restringe el reconocimiento de los derechos pensionales, cobro de lo no debido, buena fe, mala fe de la demandante, falta de requisito de procedibilidad y genérica.

Mediante auto del 30 de octubre de 2020, se ordenó la vinculación al proceso de Colpensiones, la cual contestó la demanda y se opuso a las pretensiones en la medida que había reconocido las pretensiones causadas por el demandante de manera oportuna, señalando que mediante resolución No. GNR 160195 del 29 de mayo de 2015, reconoció pensión mensual de vejez compartida al actor a partir del 19 de diciembre de 2011, en cuantía inicial de \$1.069.920 y en cuanto a la mesada 14, aludió que la pensión se reconoció con posterioridad al término máximo establecido en el acto legislativo 01/2005 para su concesión.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica y no

procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de julio de 2021, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada UGPP a reconocer y pagar a favor del demandante señor NEFTALÍ ZAPATA DELGADO el valor de \$8.602.871,99 correspondiente al retroactivo pensional de la mesada 14 causadas a partir del año 2018 en adelante valor que deberá ser reconocido de manera indexada desde el momento de su causación a la fecha efectiva de pago conforme la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la UGPP declarar probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la demandada UGPP en costas a favor del demandante por secretaria tésense para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV.

CUARTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en la demanda

QUINTO: se ordena remitir el presente proceso la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probado que el demandante era beneficiario de la pensión de jubilación convencional conforme al art. 41 de la CCT vigencia 1998 – 1999, por cumplir más de 20 años de servicios y arribar a la edad exigida de 55 años, precisando que se accedería al derecho de la mesada 14, siendo que conforme al criterio de la C.S.J., S.C.L, expuesto entre otras en sentencia SL2620-2021, se podía concluir que los requisitos de causación correspondían al tiempo de servicios exigidos y la desvinculación voluntaria o forzosa del servicio, puesto que la

edad era ajena a la vigencia de la CCT e incluso de la relación laboral, por lo tanto desde ese momento surgió a favor del actor el derecho a la pensión de jubilación convencional sin que sus efectos se alteraran por el valor de la reliquidación de la mesada pensional.

Igualmente, se indicó que se apreciaba que en un primer momento le fue reconocido al actor la mesada 14, pues no estaba afectada por el acto legislativo por la fecha de su reconocimiento e incluso no superaba el monto de los 3 SMMLV establecidos en parágrafo transitorio 6 del acto legislativo 001 del año 2005, lo que también se advertía de la respuesta brindada a la solicitud elevada por el actor el día 26 de septiembre del año 2019, en la cual le negaron el reconocimiento de la mesada 14 pero se resaltó en el párrafo final que le fue suprimido el pago de la mesada 14 a partir del año 2017, lo que coincidía con la resolución 12637 del 11 de abril del año 2018, en la que no se les realiza al demandante el cobro de la diferencia del mayor valor de ninguna mesada pensional con posterioridad, lo que el reconocimiento se realizaría a partir del año 2018.

Finalmente, indicó que Colpensiones no asumió esa obligación al reconocer la pensión de vejez por cuanto el demandante cumplió la edad exigida para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez de carácter legal, el día 18 de agosto del año 2011, es decir por fuera de la temporalidad establecida por el parágrafo sexto del acto legislativo 001 de 2005, por lo que no podría incluir los efectos de compatibilidad sobre derechos particulares que no subrogó

como lo fue para este caso particular la del reconocimiento de la mesada 14, correspondiendo a la UGPP asumir la misma en forma completa.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandanda interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que el despacho se remitió a hacer la verificación respecto a los requisitos de causación y exigibilidad sin embargo no se tuvo en consideración lo que se refería a la equivalencia en SMMLV del valor de la cuantía de la pensión del demandante siendo esta de \$1.243.185, señalando que cómo se mencionó en los alegatos de conclusión, el actor adquirió su estatus de pensionado y la efectividad de la pensión para el día 18 de agosto de 2006, momento en el cual se encontraba vigente el acto legislativo 01 del año 2005, razón por la cual todo lo relativo a lo que era el reconocimiento y pago de la mesada 14 debía estar sujeto a lo consagrado en dicha norma, pues independiente a la causación y/o exigibilidad a los que se hizo referencia, la cuantía de la pensión superaba los 3 SMMLV.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia

determinará si era viable efectuar el reconocimiento de la mesada 14 a cargo de la UGPP en favor del actor.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) que el actor nació el 18 de agosto de 1951 y cumplió los 55 años de edad el 18 de agosto de 2006; ii) que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación, mediante Resolución No. 04884 del 1 de noviembre de 2006, le reconoció al actor pensión de jubilación convencional en cuantía de 791.403,26 a partir del 18 de agosto de 2006¹; iii) que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante Resolución No. 4085 del 16 de octubre de 2013, reconoció la indexación de la primera mesada pensional del actor a partir del 18 de agosto de 2006, en cuantía de \$1.243.185,09, la cual ajustada al 2012, ascendía a \$1.613.450,14; iii) Que mediante Resolución No. GNR 160195 del 29 de mayo de 2015, Colpensiones reconoció pensión de vejez de carácter compartida en cuantía de \$1.069.920 a partir del 19 de diciembre de 2011; iv) que la UGPP mediante Resolución No. RDP1151 del 16 de enero de 2018, ajustó la mesada pensional en el mayor valor a cargo de EL FONDO DE PENSIONES PUBLICAS-FOPEP y iv) que la UGPP mediante Resolución No. RDP 012637 del 11 de abril de 2018, estableció que hubo un cobro de mayores valores de mesadas pensionales por parte del actor por efecto de la

¹ Considerando que el actor prestó sus servicios para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, entre el 12 de julio de 1971 y el 27 de junio de 1999 (fecha en que se retiró) y atendiendo el artículo 41 de la CCT 1998 – 1999, establece que “Pensión de Jubilación-Requisitos. A partir del 16 de enero de 1992 los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los devengados durante el ultimo año de servicios.”

compartibilidad pensional y por concepto de mesadas catorce recibidas, adeudado un capital de \$63.079.769.

Bajo los supuestos fácticos del asunto, se advierte que lo que se discutía en este caso era el pago de la mesada 14, siendo que el derecho pensional no estaba en discusión en la medida en que esta ya había sido reconocido; tampoco fue objeto de controversia el hecho que la UGPP hubiese pagado la mesada 14 al actor hasta el año 2017, conforme se extracta de lo establecido en los actos administrativos antes enunciados y no haberse discutido por la actora lo determinado por el a quo.

Se alude por el recurrente que en este caso el juzgador de primera instancia solo verificó los requisitos de causación y exigibilidad de la pensión para conceder el derecho al pago de la mesada 14 sin tener en cuenta que el valor de la cuantía de la pensión del actor superaba los 3 SMMLV y por tanto las determinaciones efectuadas sobre el particular en el acto legislativo 01/2005, sobre todo si se tiene en cuenta que la pensión del actor fue efectiva para el día 18 de agosto de 2006, es decir, ya en vigencia del referido acto legislativo.

Para resolver, cabe precisar que la pensión del actor nació a la vida jurídica con la acreditación del tiempo de servicios y el retiro del trabajador, ya que la edad, no constituía un elemento esencial para el surgimiento del derecho, sino que tan solo configura un requisito de exigibilidad del pago la prestación. Así lo ha explicado la CSJ, SCL en sentencia SL289-2018, en la que al analizar un caso similar, señaló:

“(…)

Aunque la vía escogida es la indirecta, se advierte que no es objeto de discusión que el demandante prestó su servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20 años; que fue retirado de dicha entidad el 27 de junio de 1999; que cumplió 55 años de edad el 15 de abril de 2011; y que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo 1998-1999, suscrita el 15 de abril de 1998 entre la Caja Agraria y el Sindicato de los Trabajadores de la Caja Agraria-Sintracreditario.

Ahora bien, la inconformidad del recurrente radica en que el Tribunal dejó de aplicar el parágrafo 1° del artículo 41 de la convención colectiva de trabajo, vigente en el periodo de 1998-1999 (fls. 38-75), y que ello fue lo que determinó que dicho juzgador haya precisado, que para que se causara el derecho a la pensión convencional pretendida por el demandante era necesario el cumplimiento de dos requisitos: El tiempo de servicios y la edad, por lo que concluyó que, como el accionante no cumplió los 55 años de edad exigidos por el acuerdo convencional antes de 31 de julio de 2010, teniendo en cuenta lo establecido por el Acto Legislativo No. 1 de 2005, no había lugar a ordenar el reconocimiento pensional bajo los parámetros establecidos en la convención colectiva.

Al respecto se tiene que la precitada cláusula convencional estableció:

«Artículo 41. PENSIÓN DE JUBILACIÓN REQUISITOS

A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumpla veinte (20) años de servicio a la Caja, continuas o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50 años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios (...)»

Por su parte, el parágrafo 1° dispone:

«PARAGRAFO 1. *El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 años si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisitos de (20) años de servicios a la Institución».*

Relacionando, entonces, el planteamiento de la censura con lo antes transcrito de la convención colectiva de trabajo, y lo argumentado por el Tribunal, se encuentra que es indiscutible que ese juzgador para dilucidar la controversia, se limitó a hacer alusión al primer inciso del transcrito artículo convencional, con lo que incurrió en una errónea apreciación de la convención colectiva de trabajo, lo que dio lugar al yerro fáctico denunciado y relativo a no encuadrar la situación del demandante en el parágrafo 1° ya citado, dado que es evidente que él no pretendió el reconocimiento de la pensión convencional fundado en que ostentando la condición de trabajador de la Caja Agraria cumplió los 55 años de edad, que es lo que prevé el inciso que aplicó el juez colegiado, sino que lo hacía era con referencia a las circunstancias fácticas previstas en el parágrafo 1° que alude, pese a la terminología que contiene, al caso de extrabajadores, no otra cosa se puede deducir de su contenido, por lo que es válido lo expuesto por la censura al respecto.

En consecuencia, desde la anterior perspectiva, encuentra la Sala, acertado el alcance que sostiene el recurrente se le debe dar al tantas veces citado parágrafo 1° del artículo 41 convencional, en el sentido que el derecho a la

pensión de jubilación que consagra, se causa con el retiro del trabajador, por voluntad propia o por decisión del empleador, siempre que para esa data haya laborado como mínimo 20 años, y que el cumplimiento de la edad de 55 y 50 años, según se trate de hombre o mujer, es una condición para su goce o disfrute, o sea, para su exigibilidad. Tal interpretación se acompasa con la que esta Corporación le ha dado a una norma legal cuyos términos, sustancialmente, coinciden con el precepto de esta estipulación que regula la llamada pensión restringida de jubilación por retiro voluntaria: El artículo 8° de la Ley 171 de 1961, y no hay razón alguna que justifique no hacer un predicamento diferente con referencia al parágrafo 1° convencional.

(...)”.

Ahora, respecto del pago de la mesada 14, tenemos que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, consagró la mesada adicional de junio, así:

“Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, 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 cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1°) de enero de 1988, 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.”

Sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia C- 409 de septiembre 15 de 1994 declaró inexecutable las expresiones “actuales” y "cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o.) de enero de 1988", contenidas en el inciso 1° del artículo transcrito.

Por lo anterior, se entiende, con el fallo de la Corte Constitucional, que la mesada adicional de junio que había sido creada exclusivamente para las personas que se habían pensionado antes del 1° de enero de 1988, fue extendida a todos los pensionados, sin excepción.

Por otra parte, el inciso 8° del artículo 1.° del Acto Legislativo 01 de 2005, determinó: *“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".

Tal norma igualmente estableció en su párrafo transitorio lo siguiente: *"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".*

Bajo las anteriores premisas, como quiera que la prestación aquí reconocida se causó con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, -27 de junio 1999-, se tiene que la misma debía ser otorgada en 14 mesadas, siendo que el mismo inciso 8° del artículo 1.° del Acto Legislativo 01 de 2005, establece que la pensión se causa cuando se cumplen los requisitos para acceder a ella aunque no se hubiese efectuado el reconocimiento, puesto que la edad solo configuraba un requisito de exigibilidad del pago de la prestación.

Así se procedió a revisar el valor determinado en primera instancia y se procedió a efectuar las operaciones aritméticas tomando como base la mesada ajustada al año 2012 \$1.613.450,14, a efectos de establecer el valor de la mesada pensional actualizada y determinar el valor de la mesada 14, encontrando lo siguiente:

<i>Tabla Retroactivo Pensional</i>

<i>Fecha inicial</i>	<i>Fecha final</i>	<i>Incremento %</i>	<i>Valor mesada calculada</i>	<i>N°. Mesadas</i>	<i>Subtotal</i>
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.613.450,14	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.652.818,00	0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.684.883,00	0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.746.550,00	0,00	\$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.864.791,00	0,00	\$ 0,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.972.016,00	0,00	\$ 0,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.052.671,00	1,00	\$ 2.052.671,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.117.946,00	1,00	\$ 2.117.946,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.198.428,00	1,00	\$ 2.198.428,0
01/01/21	30/06/21	1,61%	\$ 2.233.823,00	1,00	\$ 2.233.823,0
Total retroactivo				\$ 8.602.868,00	

Como se advierte las sumas antes anotadas, son coincidentes con el valor determinado por el aquo, razón por la cual se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada UGPP.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY