

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de julio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY** promoviese contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colmena, hoy PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS traslade a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual; que COLPENSIONES reciba los valores aludidos, se corrija su historia laboral, y que se tenga como su única afiliación válida la de COLPENSIONES.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (archivo 05), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Por su parte, **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS** (archivo 06) también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó: Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al R.A.I.S., ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe, y la genérica.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (archivo 08), de igual manera se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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, traslado de aportes a Skandia, e innominada o genérica.

2. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS llamó en garantía a **MAPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (archivo 06), manifestando frente a la demanda que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada, prescripción y la innominada o genérica.

Igualmente, se opuso al llamamiento en garantía, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó improcedencia del llamamiento en garantía; inexistencia de consecuencias al asegurador, frente al deber de información; improcedencia de devolución de primas por ser plenamente valido el contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

documentado bajo las pólizas 9201407000002, 9201411000000 y 9201411900149 con vigencia entre el 1° de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2018; e inexistencia de obligación legal que impusiera a la aseguradora previsional el asesoramiento en el traslado de régimen pensional.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 28 de julio de 2021, declarando la ineficacia del traslado de la demandante al R.A.I.S. Igualmente, condenó a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes junto con los rendimientos causados sin descontar suma alguna por concepto de administración; y a COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y que contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante. Condenó en costas a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. señaló que no hay lugar a la devolución de rendimientos y gastos de administración, dado que al momento de trasladarse los recursos al régimen de prima media, no se establece que daba devolverse dichos rubros, lo que además encuentra asidero en concepto de la Superintendencia Financiera; que lo dicho, como quiera que se han pagado los gastos de administración a la aseguradora respectiva; que el poseedor de buena fe, no está obligado a retornar los frutos percibidos, pero nada se acreditó al respecto, pues no existe prueba que existe mala fe de parte de la entidad; que la aseguradora debe responder, pues en cumplimiento del seguro previsional se han pagado unas primas, por lo que, es ésta quien

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

tiene que devolver dichos rubros, lo que se pagó por ley; y que al declararse la ineficacia automáticamente decae uno de los contratos de seguros, y en consecuencia el asegurador debe devolver las primas percibidas.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora, COLPENSIONES, y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

Individual con Solidaridad; y si se encuentra a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS el pago de los gastos de administración y primas por seguros previsionales.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

(...) 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

e) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

(...)”. (Negrillas por la Sala).

f) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafilarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafilación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso -y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 01 de abril de 1986 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 81 a 103; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., el 08 de noviembre de 1994 (fl.34 del archivo 08); **iii)** Se trasladó a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS el 19 de febrero de 2007 (fl.32 del archivo 06); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 29 de septiembre de 2020, ante PROTECCIÓN S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, y COLPENSIONES, respectivamente, empero, se profirió respuesta negativa (fls. 104 a 139 del archivo 02).

A folio 34 del archivo 08, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 08 de noviembre de 1994 con Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que las demandadas, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora CASAS MONSEGNY en el traslado que ésta realizó el 08 de noviembre de 1994, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, SE CONFIRMARÁ en tal sentido la sentencia.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS debe trasladar a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además los aportes, rendimientos, y gastos de administración, deberá devolver los valores que le fueron pagados por concepto de **bonos pensionales, seguros previsionales, comisiones, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que PROTECCIÓN S.A. deberá devolver los sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Respecto al **llamamiento en garantía** hecho por SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., y que es objeto de recurso por parte de esta administradora, con el cual busca la mentada A.F.P., se condene a la aseguradora a pagar la condena impuesta frente a la devolución de los gastos de administración, ya que Mapfre recibió una prima pagada por dicha A.F.P., se tiene que, revisado el plenario se evidencia, que a folios 85 a 96 del archivo 06 obran pólizas Nos. 92014070000002 y 9201411900149 cuyo tomador es SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. con un tipo de contrato por seguro previsional de invalidez y sobrevivencia. Al punto, ha de recordar esta Sala que el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 establece:

“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.”

Lo que implica que las pólizas arriba referidas sólo se activan para cubrir las posibles mesadas que se deriven de las contingencias derivadas por invalidez o muerte, lo que no ocurre en este caso, por lo que la aseguradora no tiene la obligación de cubrir condena alguna derivada de la presente litis.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

Adicionalmente, la jurisprudencia pacífica de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima debe ser asumida con los recursos propios de las A.F.P. del R.A.I.S., en este caso de PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, por lo que se comparte la decisión proferida por el a quo en tal sentido.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional*, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. no sólo debe devolver los aportes, rendimientos, y gastos de administración, sino que deberá devolver los valores que le fueron pagados por concepto de **bonos pensionales, seguros previsionales, comisiones, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.** Igualmente, se ADICIONA que PROTECCIÓN S.A., deberá devolver los sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2020-00264 -01.

Demandante: **SILVIA JULIA CASAS MONSEGNY.**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Silvia Julia Casas Monsegny
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**026-2020-00264-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1e986176f8c68a101200c325cf2987cbad685fbc48a475f902892956d6f64716**

Documento generado en 20/09/2022 08:01:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00399-01
Demandante: **CLARA ADELIA MARTÍNEZ ORTÍZ.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, así como a estudiar en grado jurisdiccional de Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de julio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **CLARA ADELIA MARTÍNEZ ORTÍZ** promovió contra **COLPENSIONES.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, en calidad de hija en condición de invalidez del señor Manuel Alberto Martínez Peña, a partir del 25 de octubre de 1996, junto con el respectivo pago de intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** Manuel Alberto Martínez Peña era su padre;

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00399-01

Demandante: **CLARA ADELIA MARTÍNEZ ORTÍZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

2) Que padece de alta miopía degenerativa con desprendimiento total de retina en ambos ojos desde la infancia; **3)** El padre de la demandante disfrutaba de una pensión de vejez, la que le fue reconocida mediante Resolución 097 de 1993; **4)** Convivía con su padre, y dependía económica y afectivamente de éste; **5)** El 25 de octubre de 1996 falleció el señor Martínez Peña; **6)** Fue valorada por medicina laboral de COLPENSIONES determinándose a través del dictamen No. 201316079TT del 27 de junio de 2013, que presentaba una pérdida de capacidad laboral del 74,45%, de origen común, con fecha de estructuración, 10 de febrero de 2003; **7)** El 16 de enero de 2013 solicitó sustitución pensional, no obstante, se negó a través de la Resolución GNR 217289 del 28 de agosto de 2013; decisión que fue confirmada a través de las Resoluciones 55664 del 24 de febrero de 2014, y VPB 2210 del 20 de enero de 2015; y **8)** El 22 de febrero de 2019 agotó reclamación administrativa, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión, pero se reiteró la negativa mediante Resolución SUB 54320 del 28 de febrero de 2019.

II. ACTUACIÓN PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA.

1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 104 a 109), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó 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 I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno; buena fe; declaratoria de otras excepciones; y prescripción.

Aceptó los hechos relativos a que Manuel Alberto Martínez Peña le fue reconocida una pensión de vejez mediante Resolución

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00399-01

Demandante: **CLARA ADELIA MARTÍNEZ ORTÍZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

097 de 1993; que el 25 de octubre de 1996 falleció el señor Martínez Peña; y que el 22 de febrero de 2019 se presentó reclamación administrativa. No aceptó los demás hechos.

En su defensa manifestó, que de acuerdo al dictamen emitido en relación con la condición de invalidez de la demandante, se logró evidenciar que la fecha de estructuración es posterior al fallecimiento del causante, por lo que, en tal sentido no habría lugar a pensión de sobrevivientes.

2. VINCULACIÓN LITISCONSORTE NECESARIO.

Mediante auto del 24 de septiembre de 2019, se dispuso la vinculación en calidad de litisconsorte necesario de la señora **GLORIA CECILIA MARTÍNEZ ORTÍZ**, (fl.95), quien no se opuso a las pretensiones de la demanda, y señaló que la totalidad de hechos expuestos en dicho líbello, eran ciertos.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 12 de julio de 2021, dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la actora, como hija del señor Manuel Alberto Martínez Peña, a partir del 10 de octubre de 2003 (sic), en la cuantía que le correspondería al causante con los respectivos incrementos legales.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 28 de febrero de 2016.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante el retroactivo causado desde el 28 de febrero de 2016 y hasta la fecha en que se incluya en nómina por las mesadas causadas de la sustitución pensional, como hija del señor Manuel Alberto Martínez Peña, suma que deberá ser indexada al momento de su pago según el I.P.C. certificado por el D.A.N.E.

CUARTO: CONDENAR a la demandada al pago de las costas a la suma de \$3'000.000 incluyendo las agencias en derecho.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00399-01
Demandante: **CLARA ADELIA MARTÍNEZ ORTÍZ.**
Demandado: **COLPENSIONES.**

QUINTO: SE ABSUELVE de las demás pretensiones de la demanda

En síntesis, refirió la A Quo, no existir controversia en cuanto a la calidad de pensionado que tuvo el señor Manuel Alberto Martínez Peña, que éste falleció el 25 de octubre de 1996, y que la actora era su hija; que no existe duda de la condición de invalidez de la actora, pues presentaba una pérdida de capacidad laboral del 74,45%, con fecha de estructuración 10 de febrero de 2003 (sic); que de conformidad con los testigos, es dable establecer la dependencia económica de la actora con su padre fallecido, pues ésta no ejercía ningún tipo de labor por su enfermedad visual; que si bien la fecha de estructuración es posterior al fallecimiento del causante, de la historia clínica se logra establecer que padece problemas visuales graves desde su infancia, que su patología es degenerativa, agudizándose hasta determinarse la pérdida de capacidad laboral aludida; que del anterior examen también se desprende que la actora por su condición no ha desempeñado ningún tipo de ocupación; que por lo dicho, hay lugar a pensión de sobrevivientes, no obstante, operar la excepción de prescripción, pues se demandó hasta el 28 de febrero de 2019, por lo que, operó tal fenómeno sobre las mesadas causadas con anterioridad al mismo día y mes de 2016; y que no hay lugar a intereses moratorios, como quiera que existía un argumento válido de parte de COLPENSIONES para abstenerse del reconocimiento pensional, como lo era la fecha de estructuración de la patología de la actora.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

COLPENSIONES manifestó que el causante falleció en 1996, y que la fecha de estructuración de la patología de la demandante es posterior, 2003; y que en el dictamen no se determinó que la fecha de estructuración podía aplicarse a la fecha de nacimiento.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admitió el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de éstas.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si está acreditada la condición de invalidez de la actora al momento del fallecimiento del causante, y si dependía económicamente de éste, a fin de establecer si hay lugar a la pensión de sobrevivientes.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y

41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor Manuel Alberto Martínez Peña – 25 de octubre de 1996- (fl. 6) la norma que gobierna el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, que indicaban:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. 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 que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:
 - a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;
 - b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.”

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- (...) b. Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.”

En tal sentido, para que hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por existir un hijo en condición de invalidez, deberá demostrarse el parentesco, así como la concurrencia de los requisitos de invalidez y dependencia económica a la fecha del fallecimiento, no antes, ni con posterioridad (sentencia del 24 de julio de 2006, rad. 26823, 22 de julio de 2009, rad. 32992, 18 de febrero de 2009, rad. 34708, entre otras).

En lo referente a la posibilidad de determinar la **condición de invalidez del hijo**, se hace necesario recordar que el

artículo 3 del Decreto 917 de 1999, establece que la fecha de estructuración de la invalidez es la que genera en el individuo una pérdida de capacidad en forma permanente y definitiva, la cual debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación; de manera que si bien uno de las pruebas idóneas para demostrar dicha condición de invalidez, es el dictamen de pérdida de capacidad laboral, dado que son expedidos por entidades técnicas que además deben fundamentarlo en la historia clínica, exámenes médicos y diagnósticos del afiliado, lo cierto es que el juzgador puede acudir a otros medios probatorios para formar su convencimiento. (SL2082-2022; SL494-2021; SL5157-2020; SL1578-2019 y SL9184-2016; (entre otras) al considerar que a los mismos como una prueba más del proceso, susceptible de ser valorada libremente por el operador judicial y no constituir tarifa de prueba. Al respecto, en sentencia SL2082-2022 que reiteró la SL494-2021, se dijo:

“(...) Por otra parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que aun cuando la prueba idónea para determinar el estado y porcentaje de pérdida de capacidad laboral de una persona es el dictamen emitido por las juntas de calificación de invalidez, así como, por los organismos arriba citados, a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL, 27 jun. 2002. Rad. 17999, CSJ SL, 29 jun. 2003, rad. 20558, CSJ SL 24 sep. 2003, rad. 21113), también ha reconocido que el juez puede formar su convencimiento inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba, sin que la circunstancia de que acuda a unos medios de convicción con preferencia sobre otros, pueda considerarse como un yerro de apreciación, pues así lo reconoce el principio de libertad probatoria previsto en el artículo 61 del CPTSS(...)”.

Pero adicionalmente en la misma sentencia recordó la Alta Corporación que, pese a la competencia otorgada al juez para que ausculte libremente el dictamen de pérdida de capacidad laboral y los fundamentos científicos y fácticos que soportan la experticia, ello en manera alguna lo habilita para determinar en forma definitiva y sin el apoyo de los expertos en la materia, cuál es el grado de invalidez, cuál es la fecha de estructuración de

una enfermedad o accidente ni mucho menos el origen de los padecimientos. En la misma sentencia antes citada (ver también SL 29622 -2016, y SL4571-2019) dijo:

“(...) Ahora bien, la determinación de la fecha de estructuración de la invalidez es un aspecto técnico científico que en principio debe ser definido por el órgano especializado *sin que pueda el juez asumir ese carácter, salvo que se trate de una conclusión absolutamente contraevidente e inexcusable debidamente respaldada en un concepto especializado que dé al sentenciador mayor credibilidad sobre el dictamen emitido por la junta de calificación de invalidez o alguno de los organismos creados por la ley para el efecto*”.

En cuanto a la **dependencia económica**, es necesario precisar que el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral ha estado en armonía con lo expuesto en las sentencias SL14923-2014, SL5605-2019 y SL1704-2021, en la que se señaló que dicha dependencia debe ser cierta y no presunta: *“se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario”*, permanente: *“de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario”* y significativa: *“que constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente”*. (Ver entre otras la sentencia SL5605-2019)

DEL CASO EN CONCRETO.

En el proceso está acreditado y no es objeto de controversia en la instancia, lo relativo a: **i)** El nacimiento de la demandante Clara Adelia Martínez Ortiz, hija de Manuel Alberto Martínez Peña, el día 04 de febrero de 1958 (fl.7); **ii)** El status de pensionado por vejez que ostentaba el señor Manuel Alberto Martínez Peña –padre de la aquí demandante- a partir 30 de noviembre de 1993 según Resolución 097 de octubre de 1993, (fls. 69 a 75); **iii)** El fallecimiento de Manuel Alberto Martínez

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00399-01

Demandante: **CLARA ADELIA MARTÍNEZ ORTÍZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

Peña el día 25 de octubre de 1996 (fl.6); **iv)** El dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral del 27 de junio de 2013, emitido por COLPENSIONES en el que se estableció que por su condición de “ceguera de ambos ojos” generaba un P.C.L. del 74,45%, que la enfermedad era de origen común, con una fecha de estructuración del 10 de febrero de 2003 (fls. 8 a 10); **v)** La negativa de la entidad de pensiones a través de la Resolución GNR 217289 del 28 de agosto de 2013, a reconocer una pensión de sobrevivientes solicitada por la demandante; negativa confirmada mediante Resolución GNR 55664 de 2014 y Resolución VPB 2210 de 2015 (fls. 69 a 75); y **vi)** Mediante Resolución GNR 217289 del 28 de agosto de 2018 se negó nuevamente la prestación, lo que se confirmó a través de la Resolución SUB 54320 del 28 de febrero de 2019 (fls. 69 a 75).

Adicional a la prueba obrante a folios 6 a 76, comparecieron a rendir testimonio **Ricardo Vargas Ramos, Luis Hernando Cruz Méndez, y Margarita Londoño Londoño**, quienes manifestaron lo siguiente:

Ricardo Vargas Ramos dijo, que conoció al causante hace 35 años en el barrio la Floresta Sur; que el núcleo familiar de éste eran nueve hijos; que conoce a la actora desde cuando vivía en el barrio; que la actora no ha trabajado; que los gastos de la actora los asumía el causante hasta que falleció; que desde recién nacida la accionante tenía una discapacidad visual; que la demandante siempre ha estado con las hermanas, un año la tiene una hermana y luego, otra, y así; dado que, al vender la casa, quedó desprotegida; que la casa era del causante, pero la vendieron hace como 14 años; que la actora vivió en dicha casa hasta cuando la vendieron, y a partir de ahí, empezaron a turnársela las hermanas y ahí van rotando; que el causante le brindaba toda la manutención a la actora; que la demandante tiene tres hijos, pero no tiene esposo, nunca vivió con él, siempre vivió dónde el papá; que la accionante no tiene ninguna

propiedad; y que los hijos tienen la edad de 40 años, 30 años, y 25 años, los que tienen sus hogares y colaboran cuando pueden.

Por su parte, **Luis Hernando Cruz Méndez** manifestó que conoció al causante hace como 40 años porque hizo amistad con sus hijas; que no visitaba al causante; que conoce también hace 40 años a la actora, la conoció en la casa del causante; que era vecino del causante; que la actora toda la vida ha sufrido de la vista y por eso no ha podido trabajar, le toca estar en la casa encerrada; que el causante le colaboró a la causante hasta cuando pudo; que desde que el causante falleció, la actora ha estado en casa, no ha podido trabajar; y que el causante siempre estuvo pendiente de la demandante.

Finalmente, **Margarita Londoño Londoño** explicó que conoció al causante porque era amiga de la hermana de la actora; que conoce a la demandante hace 40 años; que cuando el causante falleció, los hermanos de la actora le colaboraron porque trabajan como independientes; que la actora vive con una hermana actualmente; que no fue tan amiga de la actora, más de Doris y Soraida; que el causante falleció en 1993, y la actora toda la vida estuvo con él; que las hermanas y los hijos de la accionante le colaboran, aunque ya tienen sus hogares y sus obligaciones; que la demandante no puede trabajar porque tiene problemas de la visión desde que nació; que la actora tiene tres hijos, Leonardo, Carlos, y Sandra; que el causante sostenía económicamente a la actora, manutención, mercado, navidades, él era quien le daba la ropa a los niños; que la actora no convivió con nadie, nunca tuvo pareja; y que actualmente no se ve con la actora frecuentemente.

Pues bien. Examinado el material probatorio se tiene que la demandante presenta por su condición de “ceguera de ambos ojos” una pérdida de capacidad laboral del **74,45%**, según dictamen proferido el 27 de junio de 2013 por COLPENSIONES (fls. 8 a 10). No obstante la negativa de la pasiva al

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00399-01

Demandante: **CLARA ADELIA MARTÍNEZ ORTÍZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

reconocimiento de la prestación se finca en que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral 10 de febrero de 2003-, es posterior al fallecimiento del causante - 25 de octubre de 1996 -, por lo que, en tales condiciones no resulta posible reconocer la prestación.

Al respecto, se rememora que conforme criterio expuesto en la sentencia SL2082-2022 que reiteró la SL494-2021 si bien una de las pruebas idóneas para demostrar dicha condición de invalidez, es el dictamen de pérdida de capacidad laboral como la que profirió COLPENSIONES el 27 de junio de 2013, no se puede pasar por alto, que el juzgador puede acudir a otros medios probatorios para formar su convencimiento; es así como la Sala se remite, tanto a la misma calificación como la historia clínica de la actora para verificar si es posible afirmar que dicha condición de invalidez se presentaba con anterioridad a la data aludida (fls. 8 a 67).

Lo primero por resaltar es que existe constancia de que , por lo menos desde el 30 de septiembre de 1994, se consignó en la historia clínica de la demandante, en examen optométrico, que: *“tiene la visión AGUDEZA VISUAL OD DEDOS OI DEDOS dx Miopía axial AO, cataratas subcapsular AO, retinopia miopica”*.

Igualmente, en la historia clínica oftalmológica del 31 de octubre de 1994, se anotó que la actora presentaba una *“historia de miopatía severa, refiere miodesopsias y fotopsias bilateral, AV. OD dedos OI dedos. DX Miopía alta con maculopatía miopica moderada en AO y catarata en evolución en AO”* y que como plan se estableció *“control de retina en 6 meses (fl 18);*

Y el 08 de noviembre de 1994 (fl 19) se anotó en la historia clínica de la actora: *“CAMPO VISUAL: OD intensidad de la fóvea 13 DB. Hay notable reducción del campo. Solo se conserva campo central que excluye disco óptico Campo de muy baja calidad (...)”*.

A partir del año 1994, la historia clínica de la demandante documenta atenciones médicas más o menos regulares por la especialidad médica de oftalmología hasta el año 1999, y posterior a dicha anualidad se aportó copia de algunas atenciones específicas en los años 2001; 2014; 2017 y 2018 (fls 18 a 69), destacando las que resultan de especial interés para la Sala, que lo son las registradas al menos hasta octubre de 1996, fecha del fallecimiento de su padre (fls 18 al 30).

De igual manera se tiene que el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, (fls 11 y 13 Exp. Digital) se tuvo en cuenta “*historia clínica completa*” y con base en ella se dictaminó como fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del 74.45%, el **10 de febrero de 2003**, al ser la data en la que la especialidad oftalmológica registra en la historia clínica que la actora presentó una “***disminución súbita de agudeza visual por OD, diagnostico Desprendimiento de retina de OD y endoftalmitis OD PL OI 20/400***”.

Con base en lo hasta aquí reseñado, para la Sala es claro que los problemas de visión padecidos por la demandante, surgieron, por lo menos desde el 30 de septiembre de 1994; ello, como quiera que al expediente no se agregó prueba alguna que registre que antes de dicha calenda la actora padeciese de las dolencias aquí expuestas; sin que puedan tomarse como elemento de referencia al respecto las anotaciones que obran en la historia clínica del 30 de septiembre de 1994 (fls 16) referidas a los dichos de la paciente cuando afirma que “*desde que se conoce tiene mala visión*”, pues ello no pasa de ser una afirmación hecha por la demandante al profesional médico que la examina, que no fue documentada en forma alguna, ni en aquella ocasión ni en este proceso judicial.

En dicha fecha, -30 de septiembre de 1994-, se anotó en la historia clínica de la actora como diagnóstico, el de “*retinopatía miópica*”, y en consulta del 31 de octubre del mismo año se anotó

el diagnóstico de *“miopia alta con maculopatía miópica con cataratas en evolución.”*

El A Quo consideró que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral establecida en el dictamen emitido por Colpensiones debía modificarse, por cuanto - dice - *“de la historia clínica se logra establecer que la demandante padece problemas visuales graves desde su infancia”* y que la patología padecida es degenerativa, por lo que se agudiza hasta terminar con la pérdida de capacidad laboral.

Evaluated el caudal probatorio, la Sala no encuentra acierto en el fallo de la primera instancia, por cuanto en el caso concreto no existe prueba que permita establecer la estructuración de invalidez *“desde la infancia”* ni mucho menos la acogida por el fallador de primer grado, y por el contrario, se encuentra acreditado por dictamen en firme, emitido por Colpensiones, que la pérdida de capacidad laboral de la actora se estructuró el 10 de febrero de 2003 al ser este medio de convicción el idóneo para determinar tanto el grado de capacidad laboral como la fecha de estructuración, de igual manera, tal conclusión no se desvirtuó por otro medio de iguales calidades técnicas y científicas.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 917 de 1999 la fecha de estructuración de la invalidez es la que genera en el individuo una pérdida de capacidad en forma permanente y definitiva, la cual debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación.

En el caso sometido a juicio, lo que se observa es que, si bien en septiembre del año 1994, la historia clínica de la demandante registró los diagnósticos de *“retinopatía miópica”*, y *“miopia alta con maculopatía miópica con cataratas en evolución”*, lo cierto es que el diagnóstico que permitió estructurar la invalidez *“ceguera en ambos ojos”* se fundamentó a partir de la

historia clínica de febrero de 2003, en la que la especialidad de oftalmología dictaminó “**disminución súbita de agudeza visual por OD, diagnostico Desprendimiento de retina de OD y endoftalmitis OD PL OI 20/400**”, sin que se evidencie con fundamento técnico-científico, o bien que este último diagnóstico se haya documentado clínicamente en fecha anterior a febrero de 2003, o bien que el estado o grado de las patologías registradas previamente a esa fecha en la historia clínica (*retinopatía miópica y miopia alta con maculopatía miópica*) fuesen de tal entidad que impusiesen concluir que para esa calenda ya se había estructurado en la demandante el estado de invalidez, pues esa sola circunstancia no permite inferirlo desde la fecha anotada o una anterior como “*desde la infancia*”; máxime si como se ve en la historia clínica existen notas médicas del año 1997, que reportan “*comparativamente con campo visual anterior **hay mejoría***” (fl 30) por el contrario, el concepto técnico científico incorporado al proceso establece que dicha pérdida ocurrió el 10 de febrero de 2003.

A lo anterior aúñese que la historia clínica documentada a partir de septiembre de 1994 y hasta el año 1999 (folio 15 al 32) es, de un lado ininteligible, y de otro inentendible para el operador judicial, quien adolece de los conocimientos y la preparación profesional para someterla al escrutinio y rigor que corresponde y que entre el año 2001 y el año 2014 no aparece historia clínica alguna de la demandante.

En síntesis, no basta pues que una persona consulte al aparecer los primeros síntomas de una enfermedad o cuando empieza a recibir tratamiento de la misma para entender que allí se presenta una pérdida de la capacidad laboral, y en el caso de la invalidez, que ésta supera el 50%, se requiere que a partir del análisis cuidadoso de la historia clínica y luego de realizar los tratamientos o intervenciones correspondientes sin conseguir la recuperación o la superación de las barreras que imponen ciertas enfermedades, se determine el momento a partir del cual, se

presentó esta disminución de manera *definitiva*, la cual no puede derivarse de suposiciones, deducciones o declaraciones de terceros que no está respaldado por quienes ostentan los conocimientos técnicos y científicos para establecer dicho momento y sobre todo, con base en el manual establecido por la Ley para dicha evaluación.

Téngase en cuenta que al juez no le es dable realizar inferencias mentales y lógicas a fin de determinar una fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, máxime para el caso cuando dentro del plenario brilla por su ausencia prueba documental alguna como lo sería a modo de ejemplo la historia clínica con anterioridad al año 1994, de la cual pueda establecerse de manera categórica y sin asomo de duda, una fecha anterior a la determinada por Colpensiones, quien se ciñó, por demás, a las normas vigentes, advirtiendo además que si bien las padecidas por la demandante son consideradas como patologías degenerativas como lo afirma el A Quo, y que esta Sala tiene presente la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre las enfermedades crónicas, degenerativas y congénitas, en cuanto a la fecha de estructuración material de la invalidez, lo cierto es que la regla jurisprudencial que de manera genérica refirió el fallador de primer grado, no resulta aplicable al caso, por cuanto aquella se refiere a la hipótesis de una eventual capacidad laboral residual debidamente probada, siendo operante hacia el futuro y no al pasado como en el caso aplicó el A Quo.

Finalmente debe advertirse que no desconoce la Sala ser cierto que la historia clínica de la actora brinda elementos que permiten conocer las patologías, tratamientos y terapias a las que se sometió al menos desde septiembre del año 1994; pero también lo es que de la misma no es posible inferir, directamente por el operador judicial, una fecha de estructuración de su invalidez *distinta* a la hallada por la entidad calificadora. Para ello se

requiere de un instrumento médico, técnico y científico que permita constatar la forma en que evolucionaron sus dolencias oculares y renales; debe estar respaldado en un método convalidado por la comunidad científica, e incorporar un análisis minucioso y objetivo de todos los elementos del expediente clínico; y como en el presente asunto no existe un medio de convicción apto con las aludidas cualidades, no es posible concluir una fecha probable y científicamente segura de la estructuración de invalidez *que contrapruebe en forma distinta a lo que estableció el dictamen emitido por Colpensiones*, el cual - se insiste -, no fue controvertido en el asunto puesto bajo conocimiento de la jurisdicción.

Como consecuencia de lo anterior, SE REVOCARÁ la providencia de primera instancia, en atención a que la actora no reúne los requisitos previstos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, al no demostrar que a la fecha de fallecimiento del pensionado se hubiera acreditado la condición de invalidez, pues con base en las pruebas obrantes en el proceso ésta surgió con posterioridad a ese hecho, la cual se varió por el A Quo sin criterios médicos, técnicos y científicos, solo haciendo referencia a una supuesta historia clínica que documenta enfermedades degenerativas “*desde la infancia*”, y haciendo uso de sub reglas jurisprudenciales como la de la capacidad laboral residual que no aplican al caso.

VII. COSTAS.

Costas a cargo de la parte demandante por resultar vencida en juicio (art. 365 del C.G.P.).

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2019-00399-01

Demandante: **CLARA ADELIA MARTÍNEZ ORTÍZ.**

Demandado: **COLPENSIONES.**

**DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA
DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **REVOCAR** la sentencia de origen y fecha conocidos, para en su lugar **ABSOLVER** a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO. - Costas a cargo de la parte demandante por resultar vencida en juicio (art. 365 del C.G.P.).

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00385 -01
Demandante: **GLORIA PATRICIA GONZÁLEZ OCAMPO.**
Demandado: **SANDRA CATALINA VILLARREAL GARZÓN Y
BLANCA MYRIAM GARZÓN MÉNDEZ.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **GLORIA PATRICIA GONZÁLEZ OCAMPO** promoviese contra **SANDRA CATALINA VILLAREAL GARZÓN Y BLANCA MYRIAM GARZÓN MÉNDEZ.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido del 27 de junio de 2011 al 19 de diciembre de 2017. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, sanción

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00385 -01

Demandante: **GLORIA PATRICIA GONZÁLEZ OCAMPO.**

Demandado: **SANDRA CATALINA VILLARREAL GARZÓN Y
BLANCA MYRIAM GARZÓN MÉNDEZ.**

por no consignación de las cesantías, aportes a seguridad social integral en salud, daños y perjuicios, e indexación.

Subsidiariamente, solicitó indemnización por no pago de intereses a las cesantías.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Estuvo vinculada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 29 de junio de 2011, como empleada del servicio doméstico; **2)** Prestaba su servicio personalmente, bajo subordinación, y devengaba un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente; **3)** No fue afiliada al sistema integral de seguridad social; **4)** No le pagaron las acreencias laborales que pretende; **5)** Su contrato finalizó el 19 de diciembre de 2017 sin justa causa; **6)** Le adeuda la suma de \$9'500.000 por concepto de capital, suma que se comprometió a pagar el 31 de marzo de 2018, y por la que tuvo que iniciar una demanda ejecutiva; y **7)** El 23 de abril de 2018, la demandada realizó dos abonos al crédito por valor de \$1'100.000 y \$1'124.585; y el 11 de julio de 2018 un abono por \$2'500.000.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

SANDRA CATALINA VILLARELA GARZÓN y BLANCA MYRIAM GARZÓN MÉNDEZ (fls. 94 a 104), se opusieron a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominaron inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, y mala fe.

No aceptaron ningún hecho. Expusieron que la demandante prestaba sus servicios sin el cumplimiento de ningún tipo de horario, y realizaba sus funciones en el domicilio de SANDRA CATALINA VILLAREAL GARZÓN, sin tener ningún vínculo con BLANCA MYRIAM GARZÓN MÉNDEZ, madre de la anterior; que la demandante dejó de prestar servicios en diciembre de 2014, retornó en abril de 2015, y finalizó su labor el 19 de diciembre

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00385 -01

Demandante: **GLORIA PATRICIA GONZÁLEZ OCAMPO.**

Demandado: **SANDRA CATALINA VILLARREAL GARZÓN Y
BLANCA MYRIAM GARZÓN MÉNDEZ.**

de 2017; que la jornada se prestó por la mitad de una jornada de labor, pese a los requerimientos realizados por la señora VILLAREAL GARZÓN; que no ejercían subordinación sobre la actora, ya que no permanecían en su domicilio; que la actora recibía el valor para realizar sus aportes a pensión y salud, vacaciones, prima de servicios, cesantías y sus intereses; y que la demandante no volvió al domicilio de la señora VILLAREAL GARZÓN.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 23 de noviembre de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre la actora y la SANDRA CATALINA VILLARREAL GARZÓN existieron dos contratos de trabajo a término indefinido a saber: i) entre el 28 de junio de 2011 y el 23 de diciembre de 2014; y ii) entre el 06 de abril de 2015 y el 19 de diciembre de 2017.

SEGUNDO: CONDENAR a SANDRA CATALINA VILLARREAL a reconocer y pagar a favor de la demandante, las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos:

Por el primer contrato:

- Cesantías, \$1'817.434
- Intereses a las cesantías, \$203.383

Por el segundo contrato:

- Cesantías, \$1'931.655.
- Intereses a las cesantías, \$213.860.
- Prima de servicios segundo semestre año 2016: \$356.000.
- Prima de servicios año 2017: \$738.717.
- Vacaciones: \$538.333

TERCERO: CONDENAR a SANDRA CATALINA VILLAREAL GARZÓN a reconocer la indexación de las sumas de dinero del numeral anterior, al momento en que se realice el pago.

CUARTO: CONDENAR a SANDRA CATALINA VILLAREAL GARZÓN a cancelar la reserva actuarial que determine la A.F.P. a la que se encuentre afiliada la demandante o en su defecto a la que elija teniendo en cuenta los salarios indicados en la parte resolutive de la presente providencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00385 -01

Demandante: **GLORIA PATRICIA GONZÁLEZ OCAMPO.**

Demandado: **SANDRA CATALINA VILLARREAL GARZÓN Y
BLANCA MYRIAM GARZÓN MÉNDEZ.**

QUINTO: ABSOLVER a SANDRA CATALINA VILLAREAL GARZÓN de las demás pretensiones incoadas en la demanda, y a la señora BLANCA GARZÓN MÉNDEZ de todas las pretensiones.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por SANDRA CATALINA VILLARREAL GARZÓN en relación a las condenas impuestas y declarar probadas las excepciones formuladas por BLANCA GARZÓN MÉNDEZ.

SÉPTIMO: Costas a cargo de SANDRA CATALINA VILLAREAL GARZÓN. Señalan como agencias en derecho la suma de \$800.000 a cargo de ésta y a favor de la parte demandante.

En síntesis, la A Quo refirió que el acervo probatorio recolectado, especialmente, del interrogatorio de parte de SANDRA CATALINA VILLAREAL GARZÓN , permitía establecer, ,que la actora prestó servicios a su favor del 28 de junio de 2011 al 23 de diciembre de 2014, y posteriormente, del 06 de abril de 2015 al 19 de diciembre de 2017; que la interrupción que se avizora es conteste con lo manifestado por la accionante al momento de rendir interrogatorio de parte, y los comprobantes allegados al plenario; que no se logró desvirtuar el elemento de la subordinación, por el contrario, en interrogatorio de parte, la señora VILLAREAL GARZÓN señaló que la actora debía entenderse con ella, para temas de permisos; que no existe prueba que la actora fuese contratada para una obra o labor determinada, por lo que la duración lo fue a término indefinido; que el salario se toma de los comprobantes de pago arrimados al plenario, los que dan cuenta que devengaba para 2011, \$440.000, 2012, \$460.000, 2013, \$485.620, 2014, \$661.000, 2015, \$653.350, 2016, \$712.000, y 2017, \$762.000; que no fue propuesta la excepción de prescripción; que la prima de servicios se extendió sólo en el año 2016, con la expedición de la Ley 1788 de dicha anualidad; que las vacaciones únicamente se pidieron por los años 2016 y 2017; que hay lugar al pago de aportes a pensión, no siendo así frente a los aportes a salud, pues no se demostró ningún tipo de perjuicio al respecto; que no está demostrado el hecho del despido, por demás que, la demandante en interrogatorio señaló que renunció por falta de pago de salarios, lo que no fue acreditado; que no hay lugar a sanciones moratorias, ya que el empleador consideró que había pagado las

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00385 -01

Demandante: **GLORIA PATRICIA GONZÁLEZ OCAMPO.**

Demandado: **SANDRA CATALINA VILLARREAL GARZÓN Y
BLANCA MYRIAM GARZÓN MÉNDEZ.**

correspondientes prestaciones sociales junto con su salario, tal y como se observa en los correspondientes comprobantes de pago; que por lo anterior, y dado que se encuentran desactualizados la suma de dinero objeto de condena, hay lugar a su indexación; y que no es dable reconocer daños y perjuicios, pues no se probaron los detrimentos y su cuantía.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

PARTE ACTORA: Señaló que hay lugar a la moratoria por el no pago oportuno de las cesantías y la del artículo 65 del C.S.T., conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia, ya que, se causa por el aporte deficitario o parcial de las cesantías.

PARTE DEMANDADA SANDRA CATALINA VILLAREAL GARZÓN: Adujo que conforme a los elementos probatorios que allegados se logró demostrar que todos los pagos se realizaron con puntualidad, no se debía ningún saldo dentro de la vigencia de cada uno de los contratos.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Demandante: **GLORIA PATRICIA GONZÁLEZ OCAMPO.**

Demandado: **SANDRA CATALINA VILLARREAL GARZÓN Y
BLANCA MYRIAM GARZÓN MÉNDEZ.**

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si está acreditado el pago de las acreencias laborales objeto de condena a cargo de la señora SANDRA CATALINA VILLARREAL GARZÓN, y si hay lugar al reconocimiento y pago de indemnización moratoria, y sanción por no consignación de las cesantías.

CARGA DE PROBAR EL PAGO DE ACREENCIAS LABORALES Y SANCIONES MORATORIAS.

En cuanto al **pago de las acreencias laborales**, se rememora que una vez se encuentra acreditado un contrato de trabajo, le corresponde al empleador demostrar que efectuó el pago de las mismas, pues es en éste en quien recaía dicha obligación. Al respecto, el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P, dispone:

“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

Por otra parte, en reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a las sanciones consagradas en el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T y en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha señalado que para establecer la procedencia de las **sanciones moratorias** es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00385 -01
Demandante: **GLORIA PATRICIA GONZÁLEZ OCAMPO.**
Demandado: **SANDRA CATALINA VILLARREAL GARZÓN Y
BLANCA MYRIAM GARZÓN MÉNDEZ.**

la terminación del contrato o la falta de consignación de la cesantía estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello la Alta Corporación ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido la consignación de la cesantía, el pago, total o parcial, a la terminación del contrato de trabajo, de los salarios y prestaciones debidos al trabajador; pues, se ha insistido que es necesario, en cada caso, el juez entre a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJ SL12854-2016 y SL1005-2021).

DEL CASO EN CONCRETO.

Se encuentra probado en el proceso o no existe controversia en cuanto a la existencia de dos contratos de trabajo entre la demandante y SANDRA CATALINA VILLARREAL GARZÓN, así: 28 de junio de 2011 al 23 de diciembre de 2014; y 06 de abril de 2015 al 19 de diciembre de 2017.

Pues bien. Señala el procurador de SANDRA CATALINA VILLAREAL GARZÓN, que sí se efectuó el pago de las correspondientes acreencias laborales objeto de condena, carga que como quedó vista recae en el empleador, y que se sustenta en los comprobantes de egreso obrantes a folios 108 a 109 y 238 a 243.

En este punto, se aclara que se liquidarán las prestaciones sociales con los mismos salarios señalados por la A Quo, ya que no se impugnó la sentencia en tal sentido. Los salarios aludidos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00385 -01

Demandante: **GLORIA PATRICIA GONZÁLEZ OCAMPO.**

Demandado: **SANDRA CATALINA VILLARREAL GARZÓN Y
BLANCA MYRIAM GARZÓN MÉNDEZ.**

fueron los siguientes: 2011: \$440.000; 2012: \$460.000; 2013: \$485.620; 2014: \$661.000; 2015; \$653.350; 2016; \$712.000; y 2017: \$762.000.

Dicho lo anterior, debe advertir la Sala que respecto del **primer contrato** declarado, esto es, el del 28 de junio de 2011 al 23 de diciembre de 2014, únicamente se impusieron condenas por cesantías e intereses a las cesantías, empero, en las liquidaciones de contrato laboral de folios 239 y 241, se avizora que se efectuó su pago -documentos suscritos por la actora-; no obstante, dichos pagos se efectuaron directamente a la trabajadora de la siguiente manera: 2011 en enero de 2012; 2012, el 03 de julio de 2012 y en enero de 2013; 2013 en enero de 2014; y lo causado por el año 2014, se pagó el 17 de enero de 2014.

Ahora bien, para la Sala es claro que, al tenerse la existencia de un contrato de trabajo del 28 de junio de 2011 al 23 de diciembre de 2014, en lo referente a **cesantías**, las únicas que podían ser pagadas a la trabajadora de forma directa y con ocasión a la terminación de su contrato de trabajo eran las del año 2014, pues para dicha anualidad no surgió la obligación de su consignación, pues como quedó visto el contrato finalizó el 23 de diciembre de 2014, esto es, con anterioridad a la fecha en que se tenía que realizar la consignación de las cesantías de dicha anualidad, obligación que surgiría el 14 de febrero de 2015.

Por tanto, y en la medida que el artículo 254 del C.S.T. establece que *“se prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado”*, no es dable tener en cuenta los pagos efectuados directamente a la trabajadora por concepto de cesantías para los periodos de 2011 a 2013, por lo que, por tal concepto resulta procedente su pago, así: \$223.666,66 para

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00385 -01
Demandante: **GLORIA PATRICIA GONZÁLEZ OCAMPO.**
Demandado: **SANDRA CATALINA VILLARREAL GARZÓN Y
BLANCA MYRIAM GARZÓN MÉNDEZ.**

2011, \$460.000 para 2012, y \$485.620 para 2013, esto es, un total de \$1'169.286,66.

Igualmente, se denota que para el año 2014 se debía pagar la suma de \$648.147,22, no obstante, se pagó la suma de \$644.000, por lo que, al rubro aludido se debe adicionar la diferencia faltante, esto es, \$4.147,22, de modo que, por concepto de cesantías por el primer contrato, se debe pagar la suma de **\$1'173.433,88**, de manera que, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** a fin de establecer tal valor.

En cuanto a los **intereses a las cesantías**, dado que se acreditó su pago a través de las liquidaciones de folios 239 y 241, se observa que se efectuaron de la siguiente manera: 2011, \$2.050; 2012, dos sumas de \$2.168, una pagada el 03 de julio de 2012, y otra, en enero de 2013; 2013, \$4.512; y 2014, \$6.440, esto es, un total de **\$17.338**; no obstante, por dicha prestación se debieron pagar los siguientes rubros: 2011, \$13.643,66; 2012, \$55.200; 2013, \$58.274,4; y 2014, \$77.777,66, es decir, un total de **\$204.895,72**. Por tanto, la suma a pagar por concepto de intereses a las cesantías del primer contrato corresponde a la diferencia entre las sumas aludidas, esto es, **\$187.557,73**, de manera que, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de establecer tal valor.

Ahora, y en cuanto al **segundo contrato**, esto es, el del 06 de abril de 2015 al 19 de diciembre de 2017, es necesario advertir que no obra liquidación alguna por tal periodo, únicamente los comprobantes de egreso de folios 108 a 141. Asimismo, que la prima de servicios nació a favor de las empleadas del servicio doméstico a partir de la Ley 1788 del 07 de julio de 2016, por lo que, a partir de diciembre de 2016 se debió reconocer tal prestación social; y que las vacaciones que fueron objeto de pretensión en la demanda, son las del 27 de junio de 2016 al 26 de junio de 2017, y del 27 de junio de 2017 al 19 de diciembre de 2017.

Demandante: **GLORIA PATRICIA GONZÁLEZ OCAMPO.**

Demandado: **SANDRA CATALINA VILLARREAL GARZÓN Y
BLANCA MYRIAM GARZÓN MÉNDEZ.**

Aclarado lo anterior, se encuentra que de conformidad con los comprobantes de egreso de folios 108 a 141, el empleador reconoció por concepto de prima de servicios del primer semestre de 2017, \$380.000; por tanto, se efectuará la liquidación teniendo en cuenta los derroteros expuestos.

De esta manera, por concepto de **cesantías** se debió pagar la suma de \$1'931.704,86, valor ligeramente superior al impuesto por la A Quo, \$1'931.655, no obstante, al no ser objeto de apelación por la actora, dicho valor no se modificará, al igual que los **intereses a las cesantías**, pues el valor liquidado - \$213.864,66- es ínfimamente superior al impuesto por la A Quo, \$213.860, que en todo caso no fue objeto de apelación por la activa.

En cuanto a **prima de servicios**, se debió pagar por el segundo semestre de 2016, \$356.000; mismo valor que condenó la A Quo; sin embargo, por el primer semestre de 2017, el valor a pagar sería la suma de \$381.000, pero se pagó \$380.000, por lo que, se adeuda \$1.000, y por la prima de servicios del segundo semestre de 2017, se debió pagar la suma de \$357.716,67, por lo que, se adeuda un total por concepto de prima de servicios de **\$358.716,67**, de modo que, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de establecer dicho rubro.

En este punto, se aclara que no se tendrá en cuenta el presunto pago de prima de servicios del segundo semestre de 2017, como quiera que, en el comprobante de egreso obrante a folio 108 se hace alusión a que se pagó la suma de \$762.000, no obstante, se hace alusión a que correspondía a salario, transporte, y dicha prima, sin embargo, como quedó visto el valor del salario ascendía al rubro aludido, esto es, \$762.000.

Finalmente, y en lo que respecta a **vacaciones**, se solicitan las del 27 de junio de 2016 al 26 de junio de 2017, y del 27 de junio de 2017 al 19 de diciembre de 2017; vacaciones de las que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00385 -01
Demandante: **GLORIA PATRICIA GONZÁLEZ OCAMPO.**
Demandado: **SANDRA CATALINA VILLARREAL GARZÓN Y
BLANCA MYRIAM GARZÓN MÉNDEZ.**

ciertamente no obra su reconocimiento, pues las últimas que se reconocieron datan del periodo del 01 al 11 de enero de 2016. Así, y efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se tiene que se adeuda por tal concepto **\$532.341,67**, suma inferior a la impuesta por la A Quo, \$538.333, por lo que se **MODIFICARÁ el numeral segundo** a fin de establecer el primer valor.

Finalmente, y frente a la **sanción moratoria**, analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que este actuó de buena fe, pues de las pruebas arrimadas a juicio se advierte que la señora SANDRA CATALINA VILLARREAL GARZÓN pagó lo que creía deber a su trabajadora, tan es así, que no sólo efectuó pagos por cesantías, e intereses a las cesantías, sino también por conceptos que no eran su obligación legal, tales como, primas de servicios para los periodos de 2011 a 2016, llevando un control de cada uno de los rubros que pagaba.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora

VIII. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo**, en el sentido de establecer que por concepto de **cesantías e intereses a las cesantías del primer contrato de trabajo** se debe pagar las sumas de **\$1'173.433,88 y \$187.557,73**, respectivamente; y por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00385 -01

Demandante: **GLORIA PATRICIA GONZÁLEZ OCAMPO.**

Demandado: **SANDRA CATALINA VILLARREAL GARZÓN Y
BLANCA MYRIAM GARZÓN MÉNDEZ.**

concepto de **prima de servicios de 2017 y vacaciones del segundo contrato de trabajo** se debe pagar las suma de **\$358.716,67 y \$532.341,67**, respectivamente.

SEGUNDO. - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001
Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

AUTO

Tener como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PROTECCIÓN S.A., y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 05 de octubre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **NINA BARRAGÁN ACOSTA** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001
Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de Protección S.A. y que tiene derecho a conservar el régimen de transición.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Protección S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y gastos de administración; y a esta última a aceptarla como afiliada, así como a reconocer y pagar la pensión de vejez conforme lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 y los intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (Fls. 176 a 218 Archivo 2019-800) se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la acción, tras declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

que denominó: 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 innominada.

Por su parte **PROTECCIÓN S.A.** (Fls. 237 a 293 Archivo 2019-800), se opuso a las pretensiones, tras manifestar que no eran ciertos o no le constaban la mayoría de los hechos, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, inexistencia de obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, irretroactividad de la Ley 797 de 2003 al momento de la afiliación y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** de la afiliación realizada por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), declarándola válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, incluyendo los gastos de administración. A la par, condenó a Colpensiones a recibir dichos valores, actualizar la historia laboral de la demandante y a que, una vez se materialice la vinculación de la actora al RPM, estudie el derecho pensional deprecado en el

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

marco normativo invocado por la demandante en este proceso, además, condenó en costas a las demandadas.

El *a quo* sustentó su decisión señalando que, de las documentales allegadas se evidencia que la demandante estuvo afiliada al ISS desde el 20/05/1977 y que se trasladó de régimen a través de la AFP Santander el 03/05/2002, que revisado el expediente administrativo allegado por Colpensiones y otras documentales, se advierte que la actora retornó al régimen de Colpensiones el 13 de julio del 2015, sin embargo, de la Resolución SUB 211768 del 06/08/2019 se puede advertir que ante la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez Colpensiones consideró que no estaba en su marco de competencia resolver sobre el derecho pensional de la actora, pues se estaba frente a un caso de *multiafiliación*, por lo que ordenó remitir el expediente a Protección S.A. para que resolviera acerca del derecho pensional pretendido.

Con base en lo anterior, y la certificación de Asofondos, razonó que la demandante se encuentra vinculada en la actualidad al RAIS a través de Protección S.A., y que además así lo aceptaron las partes, resaltando que, si bien Protección S.A. hizo alusión a una acción de tutela instaurada por la demandante en procura de obtener su retorno a Colpensiones, en el expediente no obra algún medio de convicción que permita conocer de esa acción, sus fundamentos, cuándo fue interpuesta y la decisión que adoptó el Juez constitucional.

Indicó que, conforme los pronunciamientos expuestos en las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 de la Corte Constitucional, no pueden confundirse los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición y los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo y recuperar el régimen de transición, que solo corresponde al tiempo de servicios, es decir los 15 años de servicios para el 01/04/1994; precisó que, al estudiar dichas condiciones para el presente caso se determinó

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

que la demandante no cumplía con el mentado requisito para la data en mención, de conformidad con la historia laboral allegada por Colpensiones, de la que se extrae que comenzó a cotizar el desde el 20/05/1977, efectuó cotizaciones en forma interrumpida y para el 01/04/1994 contaba con 309 semanas, lo que impide dar aplicación a la jurisprudencia constitucional para permitirse su retorno automático, no obstante lo anterior, advirtió que si bien para el momento en que efectuó su traslado al RAIS en mayo del 2002, el número de semanas reportadas - 630- no le permitía su retorno automático a Colpensiones, sí la ubicaba dentro de unas características particulares que hacían necesario un análisis detallado sobre su conveniencia de traslado al RAIS.

Al efectuar el análisis de las condiciones en que se dio el traslado concluyó que la única prueba arrimada lo era el formulario de solicitud de vinculación No. 6033841, en el cual se consignó una información de carácter general respecto de la futura afiliada, sin que se hubiese dejado una constancia expresa acerca de la situación particular de la demandante y sin que se pueda establecer que el asesor se preocupó por desplegar una labor en aras de brindarle a la demandante una información clara y suficiente que le permitiera entender y conocer las características o condiciones del RAIS, o un comparativo de los regímenes, por lo que, atendiendo las circunstancias particulares de la demandante -dijo-, se hacía necesario desplegar una gestión adicional y especial en aras de establecer la conveniencia o no de aceptarse ese cambio de régimen, lo cual no aconteció, sin que pueda concluirse que la simple firma impuesta en el formulario por la demandante resultaba suficiente para tener por demostrado el deber de información.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A., señaló que la accionante no se encuentra afiliada a ese fondo, pues tal y como se demostró con

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

las pruebas allegadas con la contestación, los aportes más los rendimientos correspondientes a la demandante, fueron trasladados a partir del 21 de septiembre de 2015 y se encuentra afiliada efectivamente a Colpensiones a partir del 01 de septiembre de 2015, en virtud de un fallo de tutela proferido por el Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá, por lo que la relación o vínculo jurídico de afiliación entre esta AFP y la demandante finalizó desde dicho momento, lo que imposibilita a la AFP retornar cualquier valor que por aporte o rendimiento hubiere podido tener como quiera que estos ya fueron devueltos a Colpensiones, señalando que nadie se encuentra obligado a lo imposible.

Frente a la devolución de los gastos de administración, primas de seguros provisionales y fondo de solidaridad pensional, advirtió que dichos valores fueron destinados conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y no reposan en poder de esa AFP y condenar a la devolución de los mismos resulta un perjuicio frente a un daño que no se ha dado, además el fondo de solidaridad pensional y la prima de seguros provisionales fue destinado ante terceros para eventualmente cubrir prerrogativas como lo sería una pensión de invalidez, de sobreviviente o garantía de pensión mínima y los gastos de administración, en efecto, entraron al patrimonio de la AFP legítima y legalmente como contraprestación al negocio de afiliación y administración de los aportes de la demandante, señalando que en el RPM el aporte tampoco va destinado en su totalidad a la pensión sino que dispone una división y una cuota de comisión a favor de Colpensiones.

Expuso que la discusión aquí planteada se da netamente entre Colpensiones y la demandante, pues esa administradora se ha negado a asumir que aceptó el traslado de la demandante en virtud del fallo de tutela y que aceptó los traslados de los aportes de la cuenta de ahorro individual de la actora, precisando que Colpensiones, en virtud de la sentencia SU 062

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

de 2010, le dio a la demandante la oportunidad de realizar el cálculo para que la misma aportara los valores adicionales y pudiera pensionarse frente al tiempo que no estuvo cotizando, esto es entre los años 78 y 94, ya que no hay evidencia de que hubiere existido una relación laboral y ello no fue probado.

Finalmente solicitó se le absuelva de la condena en costas y que dicha condena se imponga a la demandante al hacer incurrir a la AFP en unos gastos de defensa y una litis que, desde un principio debió surtirse entre Colpensiones y la demandante, ya que los presupuestos de la ineficacia carecen de fundamento.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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,

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.(...)”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) **En cuanto a la carga de la prueba:** También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor

posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1° de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam

Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada. (...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos. (...)

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad**

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

financiera, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el día 20/05/1977 (Fl. 158 a 168 Archivo 2019-800 y GRP-SCH-HL-66554443332211_1691-20200127090445 Carpeta Expediente Administrativo); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 03/05/2002 a través de la A.F.P Santander hoy Protección S.A. (fl. 256 Archivo 2019-800); **iii)** el día 13/07/2015 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (Archivo GAF-FAF-AF-2015_6225917-20150713111522 Carpeta expediente administrativo).

Pues bien, a folio 256 del Archivo 2019-800 del expediente digital se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 03/05/2002 con la A.F.P Santander hoy Protección S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos

¹Según los cuales “la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.” SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo narrado allí en realidad no resulta viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que se le brindó la información suficiente en los términos expuestos por la Sala Laboral de la H. C.S.J., pues de dicha prueba no logra esclarecerse que la demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.

Con sustento en estos presupuestos, debe señalar esta Colegiatura que, tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PROTECCIÓN S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Barragán Acosta en el traslado que esta realizó en el mes de mayo del 2002, la **consecuencia** no puede ser otra diferente a la de **declarar ineficaz tal acto** y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales – hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174.

Ahora bien, atendiendo los argumentos esbozados por la A.F.P PROTECCIÓN S.A., en su recurso y, de una revisión minuciosa de las pruebas arrojadas al presente, se observa que obra un fallo proferido el **15 de julio del 2015** por el Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de tutela No. 110013103038-2015-01164-00, cuya accionante es la señora Nina Barragán Acosta y accionada Colpensiones, en el cual se resolvió²:

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política y que le ha sido conculcado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES - a la señora NINA BARRAGAN ACOSTA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 35.322.382 de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES - que, en un término no superior a 48 horas, si aún no lo han hecho, resuelva positiva o negativamente, pero en forma definitiva, la solicitud de traslado del Régimen pensional radicada por la señora NINA BARRAGAN ACOSTA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 35.322.382 de Bogotá D.C., el 30 de marzo de 2015.

TERCERO: REQUERIR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES - para que, a más tardar, vencido el término aquí concedido para el cumplimiento de este fallo, allegue la prueba demostrativa de tal cumplimiento.

CUARTO: ADVERTIR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES - que, el incumplimiento de este fallo genera consecuencias pecuniarias y privativas de la libertad para el responsable del desacato, según lo previsto en los artículos 52 y 53 del decreto 2591 de 1991.

QUINTO: ENTERAR a los extremos de esta acción, que contra la presente determinación procede la impugnación, ante la Sala Civil del H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial.

Así mismo, en el expediente administrativo arrojado por Colpensiones se observan los siguientes documentos:

1. Oficio BZ-2015_6546779 de fecha 02/09/2015, expedido por Colpensiones y dirigido a la hoy demandante en donde le informan los trámites a seguir a efectos de dar cumplimiento a la acción de tutela antes citado (Archivo DF01-SRPA-2015_6491661-20150904105943.pdf);

² GJR-NOT-AF-2015_6490655-20150721115358.pdf Carpeta Expediente Administrativo

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

2. Oficio BZ2015_6225917-2384899 de fecha 7 de septiembre de 2015, expedido por Colpensiones y dirigido a la demandante, **en donde se le informa que su solicitud de traslado de régimen fue aceptada en forma satisfactoria** (Archivo CRTRASING-2015_6225917-20150909035219.pdf);
3. Resolución GNR 72334 del 08/03/2016, mediante la cual se niega el reconocimiento de la pensión solicitado por la actora, en cuya parte motiva Colpensiones menciona: *“Que verificado el aplicativo de historia laboral la señora Barragan Acosta Nina, se trasladó del RAIS (Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) al régimen de prima media – Seguro Social hoy Colpensiones el 01 de septiembre de 2015 acogiéndose a la sentencia SU-062/2010”* (Archivo GRF-AAT-RP-2015_9959400-20160308090156).

Adicionalmente la A.F.P. Protección S.A., allegó como anexo a la contestación de la demanda:

1. Oficio No. 4397990 del 21/08/2015, mediante la cual le informa a la demandante que *“el traslado de su cuenta de pensión obligatoria administrada por Protección hacia Colpensiones, fue aprobado, y su fecha de efectividad iniciará a partir del 01 de septiembre de 2015”*, información que le fue reiterada en el oficio No. 4415804 del 31/08/2015 (Fl. 258 y 261 Archivo 2019-800);
2. Constancia de traslado efectivo de aportes de Protección a Colpensiones el día **05/03/2020** (fl. 263 Archivo 2019-800).

Conforme las probanzas reseñadas, y contrario a lo afirmado por el A Quo en la sentencia que se estudia, la Sala encuentra que le asiste parcialmente la razón al procurador de la AFP apelante, como quiera que la demandante no se encuentra afiliada al RAIS desde el 01 de septiembre de 2015,

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

fecha en la que la AFP PROTECCIÓN S.A., dispuso el retorno de la demandante al RPM, lo que, en efecto, aconteció, tal y como se evidencia en el certificado de Asofondos que obra a folio 277 del archivo 2019-800, así:

197

Asofondos | Asociación colombiana de administradores de fondos de pensiones y cesantías

USUARIO: PRNSEGURAV01 | NELSON NULL SEGURA VARGAS | 5 de Marzo de 2020 | Registrar servicio | Buscar en WIKI SIAFP

A través de la opción eventos especiales que se encuentra en la consulta de Vista Integral e Historial de Novedades, pueden visualizar las modificaciones que los afiliados han tenido por pro

• Afiliados • Personas • Estadísticas • Usuarios • Entrega HL al RPM • Documentación • Gestor de Tareas

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta: 1:40:33 PM
Afiliado: CC 35322382 NINA BARRAGAN ACOSTA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para: CC 35322382

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	2002-05-03	2004/04/16	ING	COLPENSIONES		2002-07-01	2012-12-30
Cesion por fusión	2012-12-31	2012/12/29	PROTECCION	ING		2012-12-31	2015-08-31
Traslado regimen	2015-07-13	2015/09/04	COLPENSIONES PROTECCION			2015-09-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migradas de Marejuga para: CC 35322382

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
2002-05-03	2002-05-24	01	AFILIACION	ING	

Un ítem encontrado.

Imprimir Regresar

Así mismo se evidencia que los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante fueron devueltos o trasladados a Colpensiones en virtud del retorno de esta al régimen de prima media, conforme se acredita debidamente con el documento obrante a folio 263 del expediente digital denominado “Constancia de traslado de aportes” con el que PROTECCIÓN S.A., acredita que efectivamente **el 21 de septiembre de 2015** trasladó a Colpensiones el valor de \$27.643.283.00.

Lo anterior en principio impondría absolver a PROTECCIÓN S.A., de las condenas irrogadas en la primera instancia, si no fuera porque en todo caso la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen comporta de suyo -además así lo dispuso el A Quo- el traslado, no solo del capital actual en la cuenta de

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

ahorro individual sino además, sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y como dentro del plenario no fue demostrado que PROTECCIÓN S.A., hubiese devuelto estos valores se concluye que, si bien resulta inane ordenar la devolución de los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, debe **MODIFICARSE** en tal sentido la decisión de primer grado, en el sentido de que los dineros a devolver son los recibidos por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, y **ADICIONARLA**, en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras); recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667, lo que impone desestimar los argumentos de la apelación del recurso presentado por la AFP apelante.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“ [...] De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad**

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

financiera, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren 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, los cuales asumen los cargas que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional*, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

PENSIÓN DE VEJEZ.

La demandante pretende, además de la declaratoria de ineficacia de su traslado de régimen, que se condene a

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez con base en el Acuerdo 049 de 1990.

Frente al particular, la sentencia de primer grado dispuso:

“(…) **Sexto.** Ordenar a Colpensiones que una vez materializada la vinculación nuevamente de la demandante al régimen de prima media con prestación definida estudie el derecho pensional deprecado y en el marco normativo invocado por la actora en este proceso. (...)”

Decisión que no fue objeto de apelación por la parte demandante y, como quiera que el presente asunto se conoce también en consulta a favor de Colpensiones, no es posible hacer manifestación alguna al respecto, por cuanto podría hacerse más gravosa la situación de Colpensiones.

Finalmente, en cuanto a lo solicitado por Protección S.A., respecto de la condena en costas, es de anotar que en los términos del numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso, *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*, situación que acaeció, en este caso con la AFP Protección S.A.

Al respecto, en providencia AL 2163-2021 rad. 79842, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, dijo:

“El artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por autorización del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, prevé la condena en costas para la parte vencida en juicio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, el de casación o el de revisión que haya interpuesto. La Corte se ajustó a lo previsto en el citado artículo, toda vez que el recurso interpuesto no prosperó y, así, se causaron agencias en derecho a favor de la opositora.”

Y en auto AL 2787 -2021 Rad 79134, expuso:

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

“(…) la Sala juzga conveniente recordar que, en punto a la imposición y liquidación de costas, el artículo 365 del Código General del Proceso, es claro en definir que solo proceden “a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Por ello, su imposición procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición.”

Conforme lo expuesto, teniendo en cuenta que Protección S.A. resultó vencida en juicio y presentó escrito de oposición, acertada resulta la condena impuesta en primera instancia por concepto de costas.

Conforme lo antes expuesto y, en todo lo demás, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la apelante Protección S.A., al haberse resuelto desfavorablemente el recurso presentado.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia en el sentido de señalar que los dineros a devolver por parte de la AFP PROTECCIÓN SA., son los recibidos por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

previsionales y cualquier otro recibido de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

TERCERO.- **CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO.- **COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada Protección S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11001310501720190080001

Demandante: NINA BARRAGAN ACOSTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000
a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Nina Barragán Acosta
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**017-2019-00800-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **76f9aa2ebe257b8501466e684a03649dae296ca02805a01a5eab0736f2bce064**

Documento generado en 20/09/2022 08:01:52 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00352 -01.
Demandante: **OLGA LUCIA CRISTANCHO CHINOME.**
Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto la parte actora y COLPENSIONES, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **OLGA LUCIA CRISTANCHO** promoviese contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la “nulidad” del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que COLFONDOS S.A. traslade a COLPENSIONES la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00352 -01.

Demandante: **OLGA LUCIA CRISTANCHO CHINOME.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS.**

totalidad de los aportes que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, y que se reconozcan intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuar su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLFONDOS S.A. (archivo 12.1), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 16.1), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y de ponderación; error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir;

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00352 -01.

Demandante: **OLGA LUCIA CRISTANCHO CHINOME.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS.**

presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; y la innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 08 de noviembre de 2021, declarando la ineficacia del traslado de la demandante a COLFONDOS S.A. Igualmente, condenó a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, y comisiones de seguros debidamente indexados; y a COLPENSIONES a recibir a la demandante junto con sus correspondientes aportes. Condenó en costas únicamente a COLFONDOS S.A.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Señaló que se debe condenar en costas a COLPENSIONES, como quiera que no brindó doble asesoría.

COLPENSIONES.

Adujo que no es dable que la actora retorne al régimen de prima media, pues existe una prohibición legal contemplada en el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, pues le faltan menos de diez años para pensionarse; que la actora firmó el formulario de forma libre y voluntaria; que la demandante tiene la carga de estar atenta de su afiliación, dejó a la suerte su derecho pensional; que para 1998 no se debía realizar una proyección pensional; y que la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitieron los recursos de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00352 -01.

Demandante: **OLGA LUCIA CRISTANCHO CHINOME.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS.**

apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y si hay lugar al reconocimiento de costas a cargo de COLPENSIONES.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00352 -01.

Demandante: **OLGA LUCIA CRISTANCHO CHINOME.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS.**

construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00352 -01.

Demandante: **OLGA LUCIA CRISTANCHO CHINOME.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS.**

consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00352 -01.

Demandante: **OLGA LUCIA CRISTANCHO CHINOME.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS.**

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	---	--

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00352 -01.

Demandante: **OLGA LUCIA CRISTANCHO CHINOME.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS.**

probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00352 -01.

Demandante: **OLGA LUCIA CRISTANCHO CHINOME.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS.**

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

e) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

(...)”. (Negrillas por la Sala).

f) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00352 -01.

Demandante: **OLGA LUCIA CRISTANCHO CHINOME.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS.**

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso -y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00352 -01.

Demandante: **OLGA LUCIA CRISTANCHO CHINOME.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS.**

retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 19 de noviembre de 1984 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 424 a 429; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., el 11 de septiembre de 1998 (fl.396); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 01 y 30 de junio de 2020, ante COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, respectivamente (fls. 89 a 92).

A folio 396 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 11 de septiembre de 1998 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00352 -01.

Demandante: **OLGA LUCIA CRISTANCHO CHINOME.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS.**

afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora CRISTANCHO CHINOME en el traslado que ésta realizó el 11 de septiembre de 1998, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, se confirmará en tal sentido la sentencia.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00352 -01.

Demandante: **OLGA LUCIA CRISTANCHO CHINOME.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS.**

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, COLFONDOS S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia con el fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia, para ordenar que COLFONDOS S.A., además de devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, los aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas, deberá devolver los valores que le fueron pagados por concepto de **bonos pensionales, seguros previsionales, comisiones, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**; recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00352 -01.

Demandante: **OLGA LUCIA CRISTANCHO CHINOME.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS.**

valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional*, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Finalmente, y en lo que respecta a las **costas de primera instancia**, si bien el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, lo cierto es que COLPENSIONES no hizo parte del acto de traslado, y su negativa de no acceder al traslado se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas; de manera que, se confirmará en tal sentido la sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00352 -01.

Demandante: **OLGA LUCIA CRISTANCHO CHINOME.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS.**

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que COLFONDOS S.A. no sólo debe devolver los aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas, sino que también debe devolver los valores que haya recibido por concepto de **bonos pensionales, seguros previsionales, comisiones, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00352 -01.

Demandante: **OLGA LUCIA CRISTANCHO CHINOME.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS.**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Olga Lucía Cristancho Chinome
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**004-2020-00352-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c5f286fd1709c8f6e8b63762778da2a49f47c65284d587541e67987ec6f9193b**

Documento generado en 20/09/2022 08:01:52 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11001310501520180060701
Demandante: AMELIA INÉS VALENCIA CLEMENT
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008

CUESTIÓN PREVIA

Sea lo primero señalar que, si bien mediante auto del 06 de abril del año que avanza, la Magistrada Ponente aceptó el desistimiento del recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante, conforme lo dispuesto en el artículo 316 del CGP, no es menos cierto que atendiendo el artículo 69 del CPTSS debe surtir el grado jurisdiccional de consulta, como quiera que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa a las pretensiones de la afiliada.

Esclarecido lo anterior, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de la demandante, de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, el 06 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **AMELIA INÉS VALENCIA** promoviese contra la **ADMINISTRADORA**

Código Único de Identificación: 11001310501520180060701

Demandante: AMELIA INÉS VALENCIA CLEMENT

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

**COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y la
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS).

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene el traslado de los aportes realizados por la actora en el RAIS al RPM y se le tenga como afiliada a este último.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 206 a 259 y 361 a 401 Archivo 01), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones contra esta incoadas, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de fondo mérito las que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, pago, compensación, prescripción,

Código Único de Identificación: 11001310501520180060701

Demandante: AMELIA INÉS VALENCIA CLEMENT

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES** (fls. 264 a 275 Archivo 01), en oportunidad contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Mediante auto proferido en la audiencia celebrada el 21 de octubre de 2020 (Archivo 5 y 6), se ordenó la integración de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, como litis consorcio necesario, entidad que se opuso a las pretensiones de la acción, tras declarar que la mayoría de los hechos no le constaban, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de los vicios del consentimiento, anulación y buena fe. (Fls. 16 a 68 Archivo 07)

2.1. DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE PROTECCIÓN S.A.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 298 a 360 Archivo 01), elevó demanda de reconvencción, pretendiendo el reintegro de las sumas de dinero que ha cancelado a la señora Amelia Inés Valencia por concepto de mesadas pensionales de vejez desde la fecha de causación, esto es 11 de octubre de 2018 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, así como el valor que fue pagado por concepto de retroactivo pensional, es decir el causado desde el 01 de agosto al 30 de agosto de 2018, así como pagar dichas condenas con la rentabilidad que ese dinero hubiere producido de haber permanecido en Protección S.A. o subsidiariamente de manera indexada; así mismo, solicita se autorice la suspensión

Código Único de Identificación: 11001310501520180060701

Demandante: AMELIA INÉS VALENCIA CLEMENT

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

del pago de la mesada pensional de la señora Valencia hasta tanto se resuelva el litigio.

Como fundamento de sus pretensiones argumentó que la demandante, en calidad de afiliada a Protección S.A., presentó solicitud de pensión de vejez el 11 de octubre de 2018; que autorizó a Protección S.A. para realizar los trámites para la obtención del valor del bono pensional y aprobó su historia laboral; que Protección S.A. realizó el análisis y la proyección de pensión con base en los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la señora Valencia, concluyendo que contaba con los requisitos para acceder a la prestación económica; que en el mes de agosto de 2018 la Nación, por medio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales, redime el bono pensional el cual es pagado a su cuenta de ahorro individual; que Protección S.A. reconoció a la señora Amelia Inés Valencia la pensión de vejez a partir del 11 de octubre de 2018 y se encuentra en nómina de pensionados desde el 21 de noviembre del mismo año; que la señora Valencia se encuentra en la modalidad de retiro programado.

2.1.2. RESPUESTA A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

Mediante escrito visible a folios 409 a 412 (Archivo 01), la señora Valencia, por intermedio de su apoderado, dio contestación a la demanda de reconvencción, oponiéndose a las pretensiones 5 a 9 de esta, tras indicar que la mayoría de los hechos no son ciertos, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la declaratoria de otras excepciones.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **absolutoria**. Para arribar a tal decisión, indicó que no es posible el retorno de la demandante al RPM como quiera que ostenta la calidad de pensionada por

Código Único de Identificación: 11001310501520180060701

Demandante: AMELIA INÉS VALENCIA CLEMENT

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

parte de Protección S.A. desde el año 2018, pues así lo ha expresado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373-2021, ya que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada que no es posible retrotraer.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 2 de diciembre de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de Protección S.A. y Colpensiones, quienes reiteraron sus argumentos.

Posteriormente fue allegado por parte del apoderado de la demandante, escrito mediante el cual desiste del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá¹, el cual fue aceptado por auto del 06 de abril del año que avanza².

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el **artículo 69** del CPTSS, se estudiará la sentencia de primera instancia, en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, como quiera que las pretensiones de la afiliada le resultaron totalmente adversas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si en el caso de afiliados

¹ Fl. 25 a 27 Archivo 18

² Fl. 96 a 97 Archivo 18

Código Único de Identificación: 11001310501520180060701

Demandante: AMELIA INÉS VALENCIA CLEMENT

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

que se trasladaron del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que se encuentran pensionados por este último régimen, resulta posible declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Código Único de Identificación: 11001310501520180060701

Demandante: AMELIA INÉS VALENCIA CLEMENT

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Código Único de Identificación: 11001310501520180060701

Demandante: AMELIA INÉS VALENCIA CLEMENT

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

Código Único de Identificación: 11001310501520180060701

Demandante: AMELIA INÉS VALENCIA CLEMENT

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está

Código Único de Identificación: 11001310501520180060701

Demandante: AMELIA INÉS VALENCIA CLEMENT

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

Y en oportunidad posterior, al referirse a **la ineficacia del traslado en el caso de pensionados y de la prescripción para elevar la solicitud de perjuicios**, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021, explicó lo siguiente:

“si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al *statu quo ante*)³, lo cierto es **que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer**, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes *y, además*, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La

³ SL1688-2019, SL3464-2019

Código Único de Identificación: 11001310501520180060701

Demandante: AMELIA INÉS VALENCIA CLEMENT

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el

cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(...) **Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación.** Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un **perjuicio** en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a **valorar la totalidad de los daños irrogados** a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe **explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.**

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el **término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.**

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado". (Negrillas por la Sala).

De lo anterior puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos de **afiliados**, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida, so pena de ser ineficaz.

Código Único de Identificación: 11001310501520180060701

Demandante: AMELIA INÉS VALENCIA CLEMENT

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, en tratándose de **pensionados** el órgano de Cierre de esta Jurisdicción ha adoctrinado que la calidad de pensionado es una **situación jurídica consolidada**, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer; que revertir el estatus de pensionado podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones; que por lo anterior, **el pensionado que se considere lesionado puede obtener su reparación a través de la solicitud de perjuicios**; y que el **término de prescripción de tal acción debe contarse desde el momento en que el accionante obtiene la calidad de pensionado**.

VI. CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S. – hoy COLPENSIONES, previa su afiliación a Protección S.A., como se desprende del formulario de afiliación a esta última obrante a folios 12, 98 y 315 del archivo 01; **ii)** El 04/05/1995 (fl. 12, 98 y 315 Archivo 01) se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A.; **iii)** le fue reconocida pensión de vejez a partir del mes de agosto de 2018 por parte de PROTECCIÓN S.A. (fl. 391 y 395 Archivo 01) y; **v)** solicitó retornar nuevamente al RPM el 21/12/2017 ante Colpensiones, pero le fue negada tal posibilidad por esa entidad (fl. 34 a 38 y 40 a 42 Archivo 01).

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 4 de mayo de 1995, conforme el formulario de afiliación allegado al proceso, visible a folios 12, 98 y 315 del Archivo 01 del expediente digital, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación,

Código Único de Identificación: 11001310501520180060701

Demandante: AMELIA INÉS VALENCIA CLEMENT

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; de manera que, faltar al deber de información que tienen las administradoras de los fondos privados para efectuar los traslado, conlleva a declarar la ineficacia del acto conforme la basta jurisprudencia que en precedencia se ha indicado.

No obstante, pese a que no existe duda de la deficiencia en la información por parte de PROTECCIÓN S.A., no podría declararse la ineficacia de la afiliación, pues no resulta posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haberse efectuado el traslado de régimen, por cuanto, conforme se prueba con la documental arrimada al expediente, **la actora ostenta ya la calidad de pensionada;** prestación que se reconoció por parte de PROTECCIÓN S.A. desde el mes de agosto de 2018, a decir de la comunicación No. 00004245261 de fecha 03/09/2019 allegada por esa entidad a folios 391 y 395, sin que el monto de la mesada pensional se constituya, por sí sola, en una causal de nulidad.

Así las cosas, la calidad de pensionada que ostenta la activa es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer, que entre otras cosas, configuraría un traumatismo que afectaría, no solo a la AFP, a Colpensiones sino a terceros entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto; de modo que no se trataría solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con la afiliada, aseguradoras, A.F.P., entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida, entre muchas otras situaciones ya consolidadas, que inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos y,

Código Único de Identificación: 11001310501520180060701

Demandante: AMELIA INÉS VALENCIA CLEMENT

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones (CSJ SL373-2021).

Conforme lo expuesto en precedencia, la actora únicamente podría obtener su reparación a través de la solicitud de **perjuicios** -pretensión que no se elevó en el presente juicio.

Por tanto, y ante la falta de prosperidad de las pretensiones, no queda otro camino que **CONFIRMAR la sentencia** de primera instancia.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. –**CONFIRMAR la sentencia** de origen y fecha conocidos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11001310501520180060701

Demandante: AMELIA INÉS VALENCIA CLEMENT

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Amelia Inés Valencia Clement
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**015-2018-00607-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Así mismo, me aparto de las consideraciones efectuadas por la alta Corporación, en torno a la reparación derivada de los perjuicios causados por el incumplimiento del deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones, en los casos en los que, por tratarse de un pensionado, ha advertido que la situación jurídica ya está consolidada y no hay lugar a revertir ese estatus

dejando sin efectos el traslado de régimen, entre otras, en la sentencia CSJ SL373-2021, puesto que, en el mismo sentido en que lo consideró el H. Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán (q.e.p.d.), en su salvamento y posteriores aclaraciones de voto sobre ese tema específico, considero que resultan impertinentes e inapropiadas tales consideraciones, puesto que se analiza la cuestión asignándole la responsabilidad a la AFP, definiendo la existencia del perjuicio por la cuantía de la prestación, el derecho a la indemnización plena de perjuicios a cargo de la administradora, lo que en verdad deviene en un prejuzgamiento, con la consecuente y evidente violación del derecho al debido proceso.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **057758ef33e72cd719508f9d7ed137f99dce153b685fb97c0b32ff86f54fa5be**

Documento generado en 20/09/2022 11:43:55 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00849 -01
Demandante: **LUZ DIVA HERNÁNDEZ SILVA.**
Demandado: **AMEZQUITA & CIA S.A.S.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **LUZ DIVA HERNÁNDEZ SILVA** promovió contra **AMEZQUITA & CIA S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo del 21 de junio de 2011 al 06 de mayo de 2019; que se encontraba protegida por estabilidad laboral reforzada; y que su despido fue de forma unilateral y sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita su reintegro junto con el pago de salarios, cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, y vacaciones; la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; indemnización moratoria; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** Fue vinculada mediante contrato de trabajo a término indefinido el 21 de junio de 2011; **2)** Al ingreso se le practicaron exámenes médicos y no tenía ningún tipo de impedimento; **3)** Devengaba \$3'450.000 más un bono sodexo *canasta pass* por la suma de \$300.000; **4)** Su último cargo fue el de Supervisor Semi Senior de Auditoría; **5)** Para el cumplimiento de sus funciones debía trasladarse al domicilio de sus diferentes clientes, para lo que usaba Transmilenio, estando sometida a marchas largas; **6)** Es madre cabeza de familia, y es el sustento básico de sus padres, quienes son mayores de edad, no son pensionados, dependen económicamente de ella, y son sus beneficiarios en salud; **7)** La demandante presentaba dolor en la rodilla desde 2015, siendo remitida en 2017 a especialistas en ortopedia y traumatología, diagnosticándose el *“esguince y torcedura que compromete ligamento cruzado”*; **8)** El 07 de abril de 2018, le hicieron *“reconstrucción de ligamento cruzado anterior con injerto autólogo o con aloinjerto, condroplastia de abrasión para zona patelar por artroscopia, sinovectimía de rodilla parcial por artroscopia”*; **9)** Por lo anterior, tuvo una incapacidad de cinco meses, esto es, del 07 de abril al 03 de septiembre de 2018; **10)** Le ordenaron diversas terapias tendientes a lograr su rehabilitación, sin embargo, una vez finalizó sus 35 sesiones, persistía su dolor de rodilla; **11)** Ante la persistencia en el dolor decidió consultar con otro especialista, por lo que, acudió a la Clínica La Carolina, en la que se determinó que padecía de diversas patologías en la rodilla derecha y, en consecuencia, que debía efectuarse la realización de 20 fisioterapias; **12)** Igualmente fue objeto de diversas recomendaciones y restricciones médicas; **13)** Para asistir a sus citas médicas siempre solicitaba el permiso a su empleador, quien tenía conocimiento de su condición de salud, por demás que mediante correo del 11 de julio de 2018, la demandada solicitó a la actora la diligencia de un documento para que la E.P.S. procediera al pago de sus incapacidades; **14)** El 04 de septiembre de 2018, una vez cumplida su incapacidad médica, fue remitida por su

empleador a Controlar Salud Integral S.A.S., en donde se determinó que debía participar en actividades de promoción y prevención en riesgos laborales, y que podía continuar en sus actividades laborales acatando recomendaciones médicas, no obstante, su empleador nunca hizo que fuera partícipe de dichas pautas; **15)** El 06 de mayo de 2019 fue despedida sin justa causa; **16)** El 13 de mayo de 2019, en el examen médico de egreso, se informó que se encontraba en controles por servicios de salud y se le señaló a la actora que debía continuar con sus controles y recomendaciones; **17)** El 20 de agosto de 2019, se indica la necesidad de que le sea realizada una osteotomía de la tuberosidad anterior de la tibia tipo fulkeson- condroplastia patelar- relajación retinaculo lateral, lo que se le realizó el 11 de octubre de 2019; **18)** Ha efectuado el pago de salud como independiente; y **19)** Elevó acción de tutela, empero fue negada en ambas instancias.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

AMEZQUITA & CIA S.A.S. (fls.167 a 193), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por parte de la demandante, prescripción de las acciones, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, falta de título y causa, y la genérica.

Aceptó los hechos relativos a que el último cargo de la actora fue Supervisor Semi Senior de Auditoría; que la demandante estuvo incapacitada cinco meses, del 07 de abril al 03 de septiembre de 2018; que a la actora se le efectuó examen médico de egreso el 13 de mayo de 2019, señalándose que la actora se encontraba en controles por servicios de salud, y que debía continuar con las recomendaciones y tratamiento de su ortopedista; y que la actora presentó acción de tutela que fue negada en ambas instancias. No aceptó los demás hechos.

Indicó que la actora estuvo vinculada del 21 de junio de 2011 al 06 de mayo de 2019, no obstante, su ingreso fue a través de contrato de trabajo a término fijo, que sería cambiando el 01 de junio de 2013 a término indefinido; que al momento del despido de la actora, ésta no presentaba incapacidades, no tenía recomendaciones médico- laborales vigentes, no estaba en trámite de obtener un dictamen de pérdida de capacidad laboral, no padecía de enfermedad catastrófica, y no existían afectaciones sustanciales en su salud; que la actora no tiene una pérdida de capacidad laboral del 15%; que la decisión de terminar el contrato de trabajo de la actora estuvo sustentada en la difícil situación económica de la empresa; que a la actora se le pagó su respectiva indemnización por despido sin justa causa; y que desconoce su condición de madre cabeza de familia.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 10 de noviembre de 2021, dictó **sentencia absolutoria.**

La A quo refirió, en síntesis, que no existe controversia en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo del 07 de abril al 03 de septiembre de 2018, en el que la actora desempeñó el cargo de Supervisor Semi Senior de Auditoría; que de la historia clínica se logra determinar que desde 2015 por las dolencias que presentaba en su rodilla derecha, y que del 07 de abril al 28 de agosto de 2018 estuvo incapacitada, no obstante, se determinó que podía seguir trabajando con recomendaciones que no interferían en el desempeño normal de sus funciones, pues sus funciones eran de punto fijo y no necesitaban un desplazamiento constante; que la prueba testimonial es dable establecer que la terminación del contrato de trabajo de la actora fue con ocasión a situación económica de la empresa, y no el estado de salud de ésta; y que para la fecha de la terminación del contrato de

trabajo, la demandante no contaba con ningún tipo de incapacidad.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** señaló que la Corte Constitucional ha realizado una interpretación amplia sobre el concepto de la estabilidad laboral reforzada, debiéndose acreditar que el trabajador se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, presupuesto que presentaba la accionante, pues para su desplazamiento necesita de sus extremidades inferiores, la labores se prestaban en las oficinas de sus clientes -siendo necesario desplazarse-, tenía una serie de recomendaciones-, debiendo evitar esforzar las rodillas, lo que no permite una posición sedentaria-; que no puede perderse de vista que en el plenario reposa certificado médico ocupacional para el 20 de mayo de 2019, en el que se establece que si bien la actora es apta, tiene una serie de recomendaciones; que en proceso obran permisos remitidos al superior jerárquico, lo que fue aceptado por la testigo María Consuelo Soriano, por demás que la accionante tuvo diversas terapias que fueron de conocimiento de la empresa; que incluso en el certificado médico ocupacional, existen una serie de recomendaciones para sus extremidades inferiores; que la representante legal señaló que tenía conocimiento de la patología de la actora, pese a que dijo que no tenía recomendaciones; que en el testimonio de María Consuelo Soriano adujo que las funciones se cumplían en las oficinas que se indicaban; que Catalina Afanador hizo mención de las recomendaciones, pese a mencionar que la actora no debía realizar esfuerzos físicos de sus rodillas, manifestaciones que no encuentran otro tipo de prueba, y no se trata de un testigo técnico; que en este momento la actora no es objeto de empleabilidad, tanto así que actualmente no es apta para trabajar para ninguna empresa; que los testigos no son espontáneos ni confiables; y que las secuelas no fueron simples,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00849 -01
Demandante: **LUZ DIVA HERNÁNDEZ SILVA.**
Demandado: **AMEZQUITA & CIA S.A.S.**

no han podido ser solucionadas, e impiden la participación de la accionante en su rol laboral.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico a resolver** se circunscribe a determinar, si la terminación del vínculo laboral alegado por la demandada es ineficaz en consideración a que la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada.

DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFESTA POR RAZONES DE SALUD.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud, dicha circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de

debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

En desarrollo de los citados mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, con el fin de adoptar medidas de protección en favor de personas que son desvinculadas laboralmente como consecuencia de patologías, enfermedades o afecciones que pudiera presentar, previéndose entonces, una normatividad sancionatoria contra cualquier acto de discriminación en contra de estos sujetos. Así, el artículo 26 ejusdem consagró la prohibición de terminar el contrato laboral de un trabajador por razón de sus limitaciones físicas o mentales, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, señalando que, además, en caso de incurrirse en tal falta, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado. El citado artículo reza:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación <discapacidad><1> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad><1> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad><1> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad><1>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante sentencia C-531 de 2000, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta “*presenta un*

carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo". Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que *"el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria".*

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): **i)** que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; **ii)** que el empleador conozca de ese estado de salud; y, **iii)** que termine la relación laboral *«por razones de su limitación física»*, y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social. Al respecto, en sentencia SL10538-2016, dijo:

"De acuerdo con la sentencia en precedencia para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación "moderada", que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) "severa", mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral "por razón de su limitación física" y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social".

Así mismo, la aludida corporación enseñó que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne para establecer la situación de salud de un trabajador (sentencias del 18 de marzo de 2009, rad. 31062, SL14031-2016, SL6504-2017, SL13452-2017 y SL5523-2018) y en sentencia SL2586-2020 explicó que, de permitirse la anterior solemnidad, su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad *“que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral”*.

Del mismo modo, es menester resaltar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de septiembre de 2012, Rad. 41845, expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como “hecho notorio”, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia que fue reiterada en la citada sentencia SL11411-2017. Al respecto, dijo la H. Corte:

“Dice el artículo 5° de la Ley 361 de 1997: “Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente. Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley”.

Por su parte, el artículo 26, ibídem, disponía: “En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo (...)”.

Y recientemente la misma Corporación en sentencias SL572-2021, SL1039-2021, y SL711-2021 reiteró la postura general aludida, reafirmando el criterio referido en los siguientes términos:

“En ese orden, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral, cuya acreditación puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba, que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual, incluso si existe una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización.

A lo anterior hay que agregar, como se mencionó en líneas precedentes, que efectivamente el Estado ha honrado sus compromisos internacionales ajustando su legislación y ampliando las garantías para dicha población en diversos campos, de lo cual puede mencionarse la Ley Estatutaria 1618 de 2013, que tuvo como propósito “garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad”, dando aplicación a la Ley 1346 de 2009, que se itera, incorporó al orden interno la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, y concretamente, en materia del derecho al trabajo, esto es, la posibilidad de acceder en igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, alguna forma digna de empleo y formación, en el art. 13 impuso obligaciones principales en el ejecutivo, y secundariamente en el sector privado, para seguir estimulando la vinculación laboral de dichas personas.

Pero ello no significa, que por lo menos, durante el período que estuvo vigente el D. 2463 de 2001, con la incorporación de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hayan quedado derogadas tácitamente las anteriores normas, pues contrario a creer que esos estatutos fueran antagónicos, incompatibles o restrictivos con respecto a las garantías traídas por el convenio internacional, los mismos se ajustan a sus conceptos, con mayor razón, si el literal e) del preámbulo claramente reconoce “que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, es decir, que no se mantiene estático, y depende de un contexto social, por cuanto la discapacidad es un concepto amplio y se integra con criterios tales como barreras actitudinales, comunicativas,

físicas, sociales y ambientales, tanto así, que se habla que, para ser ubicado en esa población, no es cualquier deficiencia, sino aquella que sea física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo, y eso sólo es viable establecer con parámetros objetivos y ciertos, que permitan identificar esos rangos, y no queden al arbitrio interpretativo de cualquier persona, pues ello es lo que se venía haciendo con la regulación hasta ese momento vigente”. (Negrillas por la Sala).

Finalmente, la máxima autoridad de la justicia ordinaria en su especialidad laboral, a partir de la sentencia SL1360-2018, abandonó la doctrina encaminada a establecer *“que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso”*, para señalar que *“el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”*, por lo que, en ese entendido, al trabajador le basta demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que por contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz; doctrina que reiteró en la sentencia SL711-2021, en la que dispuso:

“En cuanto a la carga de la prueba que cuestionó el recurrente, recuérdese que conforme al actual y reciente criterio de esta Corte, «el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada» (CSJ SL1360-2018). En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo. Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador por razón de su discapacidad, por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral, quien prácticamente circunscribe su función, a la autorización de terminación del vínculo contractual cuando verifique que las actividades del trabajador son incompatibles e insuperables con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, cuya omisión implica la ineficacia del despido y sus respectivas consecuencias sancionatorias legales”.

DEL CASO EN CONCRETO

Se encuentra probado en el proceso o no existe controversia en cuanto a los siguientes hechos: **i)** La vinculación mediante contrato de trabajo de la demandante con la demandada a partir del 21 de junio de 2011, a término fijo; cuya duración mutaría a indefinido a partir del 01 de junio de 2013 (fls. 194 a 201); **ii)** La demandante ingresó a laborar “*con patología que no limita la labor*”, (fl.24); **iii)** Desde el 18 de junio de 2015, la demandante empezó consultar con su E.P.S. por presentar dolores en su rodilla y articulaciones, lumbagos, y lesiones en el ligamento cruzado anterior (fls. 29 a 50); **iv)** El 07 de abril de 2018, a la actora se le efectuaron los siguientes procedimientos quirúrgicos: sinovectomía de rodilla parcial por artroscopia, reconstrucción de ligamento cruzado anterior con injerto autólogo o con aloinjerto, y condroplastia de abrasión para zona patelar por artroscopia, siendo objeto de controles posteriores, y terapias, estando incapacitada desde el 07 de abril hasta el 03 de septiembre de 2018 (fls. 51 a 66, 69 a 72 y 75 y 77); **v)** El 04 de septiembre de 2018, Controlar Salud Integral S.A.S. emitió recomendaciones post- incapacidad de la actora, señalando que se encontraba apta y que podía continuar ejecutando sus actividades laborales, para lo que debía participar en actividades de promoción y prevención, continuar con el control médico ortopédico, bajar de peso, no realizar actividades físicas de alto impacto, como, trotar, correr, saltar, doblar rodillas, y evitar uso continuo de escaleras (fl.77); **vi)** El salario devengado por la actora al 01 de julio de 2018 era la suma de \$3'450.000, por desempeñar el cargo de Supervisor Semi Senior (fls.68 y 206); **vii)** El 23 de marzo de 2019, la Clínica La Carolina determinó que la actora padecía de: dolor rodilla derecha secundario a condromalacia patelar severa, posible mal alineamiento patelofemoral, POP (Abr 07/18) RLCA, ordenándose (Termoplastia gelificación) + condroplastia patelar + sinovectomía rodilla derecha en Clínica El Bosque x Dr. Orlando Ramos, y sobrepeso (fls. 73, 74, 80 y 81); **viii)** El 06 de mayo de 2019, le fue terminado el contrato a la demandante de manera unilateral

y sin justa causa, dado que 31 compañías y/o grupos que formaban parte del portafolio de clientes del demandado decidieron no continuar la prestación de los servicios contratados, por lo que, la sociedad tuvo una disminución de capital que generó el despido de 12 trabajadores (fls.82 y 206 a 208); **ix)** En el examen médico de egreso se determinó que se efectuaba el retiro de la actora con controles por servicio de salud, se le indicó que debía continuar recomendaciones y tratamiento de ortopedista, especialmente evitar subir y bajar escaleras en exceso, colocarse en cuclillas o arrodillarse, bajar de peso, requiere control con ortopedia con resultado de exámenes pendientes por realizar (fls. 83 a y 84); y **x)** A la fecha continua con su patología de rodilla, por lo que presentó acción de tutela que fue negada en ambas instancias (fls.87 a 90 y 93 a 133)

Adicional a la prueba documental obrante a folios 21 a 148, y 194 a 283, al proceso comparecieron en calidad de testigos, **María Consuelo Soriano Forero, Catalina Afanador Delgado, Diego Francisco Vázquez, y Mónica Clavijo Rodríguez,** quienes manifestaron lo siguiente:

María Consuelo Soriano Forero dijo en su calidad de Gerente de Auditoría en AMEZQUITA & CIA S.A.S., que ingresó el 19 de noviembre de 1995; que la actora era Supervisora de Auditoría, y estaba en uno de los equipos a su cargo; que la actora trabajó con ella aproximadamente de septiembre-octubre del 2016 hasta la fecha de su retiro, con las funciones de supervisor en el equipo de trabajo de auditoría, lo que consiste en ejecutar las actividades que se determinan en la planeación en cada uno de los clientes, dirigir los trabajos, realizar relación con el cliente, realizar la supervisión de los auditores a cargo, elaborar cartas de control interno, revisar los impuestos, y asegurarse de que el cliente esté cumpliendo con la normativa que le sea aplicable; que la demandante no hacía ningún tipo de movimiento brusco; que usualmente están sentados en una

oficina; que con la demandante estaban manejando aproximadamente tres o cuatro clientes, y solamente se dedicaban a hacer labor de oficina, eventualmente hay que pararse para desplazarse de una oficina a otra; que los clientes que tenía asignados la demandante eran de la cooperativa de profesores de la Universidad Nacional de Colombia, Fincomercio, Valor Alta ingreso, y cuando ella llegó en 2016, FONADE y el Fondo Nacional de Garantías; que el contrato de la actora terminó sin justa causa, debido a que en las asambleas de los clientes, se evidenció que perdió una facturación importante, aproximadamente 31 clientes de grupos importantes, lo que generó que la planta de personal debiera reducirse; que por lo anterior, se terminaron aproximadamente unos 11 o 12 contratos; que no estaba enterada de ninguna incapacidad o recomendación médica para el día de la terminación del contrato de la actora; que cuando la demandante se reintegró de una cirugía, tuvo una incapacidad que fue un poco extensa, como cerca de cinco meses larguitos, y la empresa para verificar su situación, le hicieron exámenes, en los que se concluyó que le había ido bien y que no tenía ningún tipo de impedimento para ejercer su labor; que la demandante se reintegró aproximadamente como el 3 o 4 de septiembre del 2018; que físicamente no evidenció que la actora tuviera algún impedimento para prestar sus servicios; que trabajan con diferentes clientes, y se organizan o planean con los equipos de trabajo, pues con cada uno de estos se encuentran en diferentes etapas de trabajo que hacen planeación, ejecución y cierre, de modo que dependiendo de la etapa en la que se encuentren, deben estar más tiempo con un cliente o con otro; que la etapa de planeación es desde abril hasta junio aproximadamente de cada año, deben estar permanentemente con el cliente, pero se trata que se permanezca un día completo, dos días completos o semanas completas para no estar haciendo muchos desplazamientos entre clientes; que si por alguna razón hay que hacer desplazamientos de un cliente a otro, ese desplazamiento lo realiza cada uno por su cuenta y propios medios, no obstante, para el caso de la

actora, ésta inició con la asignación de dos clientes, FONADE y el IFNG que se encuentran a media cuadra; y que la demandante pedía permisos en algunas oportunidades para asistir a citas médicas, en temas de mano, piel, y en dos o tres oportunidades, rodilla.

Por su parte, **Catalina Afanador Delgado** señaló en su condición de Gerente de Gestión Humana que labora desde octubre del 2010; que al momento del retiro de la demandante, ella era supervisora semi senior, y sus funciones principales, eran las de supervisar todo el trabajo de los auditores, los papeles de trabajo que salían del trabajo de auditoría hacia los clientes, y garantizar la veracidad de dichos documentos, que todos los papeles reposaran en las herramientas que tenía la compañía, y capacitar y hacer seguimiento a su equipo de trabajo, supervisar estados financieros; que a raíz de la cirugía que tuvo la demandante el 17 de abril del 2018, tuvo una incapacidad de cinco meses, reincorporándose el 03 de septiembre del 2018, una vez regresa, y según las políticas del sistema de seguridad y salud en el trabajo, es enviada a un examen de post incapacidad, en el que se generan unas recomendaciones, debiendo participar activamente en actividades de prevención, y les dijeron que podía continuar con sus labores común y corriente; que la actora no tenía ninguna observación frente a sus funciones, debiendo disminuir peso, evitar uso frecuente de escaleras; que el 06 de mayo de 2019 terminó el contrato de la actora, para para esa época se tuvo una pérdida significativa de clientes, \$2.000'000.000 de ingresos para la compañía, y en este orden de ideas tocó hacer varios despidos, alrededor de 12 personas; y que no obtuvieron permiso del Ministerio del Trabajo, pues no hubo un despido del 15% en planta.

Diego Francisco Vázquez adujo que tiene una relación contractual de índole laboral con la sociedad demandada, la que está vigente desde agosto del 2015; que es abogado y colaboró

con la contestación de la acción de tutela que interpuso la actora; que básicamente lo que se dijo en la tutela es que no se lograba demostrar la condición de la actora de cabeza de hogar, que no existía vigente una incapacidad vigente emitida por una autoridad médica, y que no existía certificado de disminución o capacidad laboral; y que en ambas instancias negaron la tutela.

Finalmente, **Mónica Clavijo Rodríguez** expuso que tiene un contrato con la demandada desde hace nueve años, contrato por prestación de servicios; que maneja en la empresa toda la parte del sistema de gestión de calidad, seguridad y salud en el trabajo; que por parte de la demandante no fueron entregadas recomendaciones médicas; que conocieron recomendaciones médicas, ya que la demandante tuvo una cirugía y luego de la cirugía como parte legal y del sistema de seguridad y salud en el trabajo, la enviaron a un examen médico ocupacional post incapacidad, y es allí donde este proveedor hace llegar unas recomendaciones médicas; que la demandante después de la incapacidad volvió a la organización, 03 de septiembre del 2018, y las recomendaciones fueron dadas el 04 del mismo mes y año; que las recomendaciones estuvieron orientadas al autocuidado, no podía realizar actividades físicas de alto impacto como correr, saltar, doblar las rodillas, bajar de peso y evitar el uso continuo de escaleras; que el cargo de la demandante era supervisor de auditoría, empero, las recomendaciones no le impedían a la actora ejecutar las actividades para las que fue contratada; que el contrato de trabajo de la demandante terminó el 6 de mayo de 2019, momento en el que no tenía incapacidades médicas; que conocía a la demandante, pues dentro de sus funciones, vio a la actora en auditorías.

Pues bien, del análisis de las pruebas recaudadas, considera la Sala, en primer lugar, que no obra una prueba contundente de la que se pueda establecer que ésta contaba con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%.

En efecto, del análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba no se logra desprender que la accionante tuviera una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, ya que, **i)** si bien en la historia clínica se narra que la actora presenta patologías tales como, dolor de rodilla derecha secundario a condromalacia patelar severa, posible mal alineamiento patelofmoral, POP (Abr 07/18) RLCA (Termoplastia gelificación) + condroplastia patelar + sinovectomía rodilla derecha, y sobrepeso (fls. 73, 74, 80 y 81), en ninguno de los estudios efectuados a la actora se logra determinar que la patología que padece la demandante sea de tal gravedad que alcance un 15% de P.C.L.; **ii)** la recomendación que obra en el expediente es posterior a la incapacidad generada por la cirugía del 07 de abril de 2018, y si bien establece que la actora debe participar en actividades de promoción y prevención en riesgos laborales programadas por la empresa, que debía bajar de peso, no realizar actividades de alto impacto, tales como, trotar, correr, saltar, o doblar las rodillas, y usar continuamente escaleras, también se determinó que dichas recomendaciones era por un término de seis meses, y que podía continuar con sus actividades laborales, por lo que no es dable determinar una pérdida de capacidad laboral del 15% (fl.77);

Aunado a lo anterior, los declarantes María Consuelo Soriano Forero, Catalina Afanador Delgado, y Mónica Clavijo Rodríguez, si bien no son testigos técnicos, al unísono son claros en manifestar que dentro de las labores de la actora no se efectuaban actividades de alto impacto; manifestación que sea dicho de paso guarda coherencia con lo expuesto en cuanto a la recomendación post- incapacidad visible a folio 77, así como lo expuesto por la **demandante** al rendir **interrogatorio de parte**, en donde manifestó que pese a las recomendaciones médicas podía ejecutar sus funciones como contadora pública, ejerciendo funciones de revisoría fiscal.

Así las cosas, es claro que el acervo probatorio recolectado no da cuenta de una enfermedad o patología de la accionante que se pueda considerar que alcanza el 15% de pérdida de capacidad laboral. Asimismo, no considera la Sala que los padecimientos de la accionante sean de tal envergadura que se pueda establecer que se está frente a un hecho notorio; por el contrario, de las pruebas aludidas presuntamente pareciera que los malestares de la accionante al momento de terminarse la relación laboral no le generaban impedimento para ejercer su oficio, por lo que, en tal escenario, no se considera que la parte actora hubiese acreditado la carga que le correspondía, esto es, demostrar la discapacidad en cualquiera de los grados mencionados y que el motivo de la terminación del contrato de trabajo obedeció precisamente a un estado de salud disminuido.

Al respecto, recuérdese que conforme lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las providencias SL5181-2019, SL2237-2021, SL418-2021, -criterio al que se acoge la Sala-, se debe demostrar que la discapacidad ostenta un grado significativo, en esa dirección, se puede acudir a los distintos medios de prueba habilitados por el legislador, y si bien no es imperativo contar con una calificación formal al momento de la terminación del contrato de trabajo para que haya lugar a la protección, debe figurar alguna otra prueba en el proceso que dé cuenta que el trabajador padecía de una limitación en grado severo o profundo para el momento del despido, prueba que debe ir más allá del propio dicho de la trabajadora; a lo anterior, se suma que no es dable asimilar la situación de discapacidad con la limitación física de una persona, pues aquella se refiere concretamente a la relación de dicha deficiencia con el entorno que rodea a quien la presenta, sobre lo cual, como se anotó, se evidencia que la limitación aducida por la actora no le impedía la normal ejecución de sus funciones laborales, así como también se desvirtuó que aquella estuviera inexorablemente ligada a la finalización del contrato; se resalta: la sola existencia de una limitación de salud no conlleva a

considerar automáticamente que el despido sea un acto discriminatorio.

En ese orden de ideas, reitera la Sala, la imposibilidad de afirmar, de manera certera, que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que presentaba la accionante fuera igual o superior al 15%, pues se carece de elementos de juicio que permitan concluir tal situación, de modo que en tales condiciones, no puede hablarse de discriminación en el despido basada en una disminución en la condición que configure la protección especial prevista en la Ley 361 de 1997.

Aunado a lo anterior, tal como se señaló en precedencia tampoco se considera que el despido de la actora sea consecuencia de su condición de salud, pues además de que no está acreditada una pérdida de capacidad laboral significativa para el momento del despido, los testigos María Consuelo Soriano Forero, Catalina Afanador Delgado, y Mónica Clavijo Rodríguez dieron cuenta de la situación económica de la empresa al momento del despido, lo que también encuentra fundamento en la certificación y en el acta de asambleas obrante a folios 206 a 208, en donde se señala que *“31 compañías y/o grupos de Empresas que formaban parte del portafolio de clientes de AMEZQUITA & CIA S.A.S. decidieron no continuar con la prestación de servicios contratados con la Firma. Como resultado, la Sociedad tuvo una disminución de los ingresos en \$2.302.360.000 pesos M/L. Como consecuencia de la pérdida de clientes, la Administración tuvo que reducir la planta de personal. Dicha propuesta fue acogida por la Junta Directiva, asumiendo el costo de la indemnización derivada de la terminación unilateral de los contratos de trabajo. A la fecha la sociedad AMEZQUITA & CITA S.A.S. ha despedido las siguientes personas SIN JUSTA CAUSA en razón a la disminución de ingresos referida: NOMBRE (...) HERNÁNDEZ SILVA LUZ DIVA (...)”*.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00849 -01
Demandante: **LUZ DIVA HERNÁNDEZ SILVA.**
Demandado: **AMEZQUITA & CIA S.A.S.**

VII. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR,** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00849 -01

Demandante: **LUZ DIVA HERNÁNDEZ SILVA.**

Demandado: **AMEZQUITA & CIA S.A.S.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte demandante.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', is centered on the page.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501
Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 008.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, así como estudiar en el Grado Jurisdiccional de la Consulta en favor de la UGPP, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA** promoviese contra la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional por cumplir los requisitos establecidos en la Convención Colectiva de trabajo 1998-1999 suscrita entre su empleador Caja

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501
Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, que esta debe ser compartida con la pensión de vejez reconocida por Colpensiones a partir del 5 de febrero de 2012

Así mismo, solicita la indexación de primera mesada pensional de jubilación; el retroactivo debidamente indexado y las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Como fundamento relevante de sus pretensiones la activa argumenta que: **1)** Nació el 05 de febrero de 1957, **2)** Prestó sus servicios para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero a partir del 15 de mayo de 1979 al 28 de junio de 1999, cuando le fue terminado su contrato de trabajo, laborando un total de 20 años y 42 días; **3)** El salario devengado, durante el último año de servicios fue la suma de \$1.340.265; **4)** El 14 de mayo de 2019 presentó ante la U.G.P.P solicitud de reconocimiento de derecho pensional; **5)** La U.G.P.P negó mediante resolución RDP 022623 del 29 de julio de 2019, ; **6)** Elevó solicitud de reconocimiento y pago de pensión de vejez ante Colpensiones reconocida por la entidad mediante Resolución GNR 131488 del 6 de mayo de 2015, a partir del 5 de febrero de 2012 en cuantía de \$1.229.071; **7)** A liquidarse la pensión convencional de acuerdo a lo indicado en el parágrafo 3 de la Convención Colectiva de trabajo, de manera indexada, se tiene que el valor por tal concepto sería la suma de \$2.102.606.

Actuación procesal

I. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificada en debida forma, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** (fls. 80 a 93 a 134), se opuso a las pretensiones de la demanda, tras

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501
Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

aceptar los hechos¹ relativos a la fecha de nacimiento del actor así como la fecha de cumplimiento de los 55 años, que prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S.A. a partir del 15/05/1979 hasta el 27/06/1999, el cargo y la oficina en la cual trabajó y la expedición de la Resolución RDP 022623 del 29/07/2019 con la que se negó la pensión de jubilación solicitada, indicando que los demás hechos no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó: inexistencia de la obligación y prescripción.

Precisó que el demandante no cumple con los requisitos consagrados en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, ya que el demandante, para el 31 de julio de 2010 contaba con 53 años de edad, y las convenciones colectivas perdieron vigencia en dicha fecha y para la fecha del retiro del servicio no cumplía con el requisito de edad para ser beneficiario de la pensión de jubilación convencional.

Así mismo, solicitó la integración del litis consorcio necesario con la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, petición a la cual se accedió mediante auto del 6 de marzo del 2020². Dicha entidad allegó contestación (Fl. 146), en la que se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, luego de aceptar los hechos³ relativos a la fecha de nacimiento del demandante, la prestación de los servicios en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S.A. y sus extremos temporales, el último salario devengado, la negativa de la UGPP al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional y el reconocimiento por parte de Colpensiones de la pensión de vejez e indicó que los demás hechos no le constaban.

¹ Aceptó los hechos narrados en los numerales 1 a 5, 7 y 10 de la demanda.

² Fl. 145

³ Aceptó los hechos narrados en los numerales 1 a 5, 7 a 8, 11 a 14 y 16 a 17 de la demanda.

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501
Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

En su defensa, propuso como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación en cabeza de Colpensiones y/o falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe y la genérica.

Señaló que el plazo máximo para mantener efectos o condiciones diferentes a los establecidos en la Ley 100 de 1993 fenecían el 31 de julio de 2010, fecha para la cual, el demandante contaba con 53 años y 5 meses, razón por la cual no es dable acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional por él deprecada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**⁴, en la cual declaró que el demandante tiene derecho a la pensión de jubilación convencional contenida en el artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999 suscrita entre la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y Sintracreditario, a partir del 5 de febrero de 2012, pero con efectos fiscales a partir del 14 de mayo de 2016, sobre 13 mesadas anuales, debidamente indexadas sobre el salario base de liquidación, junto con los correspondientes incrementos de ley, la cual tiene el carácter de compartida con la pensión de vejez reconocida por Colpensiones.

En consecuencia, condenó a la U.G.P.P a reconocer y pagar al actor el mayor valor que resulte entre la mesada pensional de vejez reconocida por Colpensiones y la mesada pensional de la pensión de jubilación convencional, a partir del 14 de mayo de 2016, autorizando que, del retroactivo obtenido, debidamente indexado al momento del pago, deduzca el valor de los aportes pertinentes al Sistema General de Seguridad Social en salud con destino a la EPS a la cual se encuentre afiliado el accionante.

⁴ Fls. 155 a 158

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501
Demandante: LUIS DANILÓ ÁLVAREZ RENTERÍA
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

Así mismo, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción frente a la diferencia de las mesadas pensionales anteriores al 14 de mayo del 2016, condenó en costas a la UGPP y absolvió a Colpensiones de las pretensiones contra esta incoadas.

En síntesis, expuso que, con el fin de resolver el presente asunto, es necesario remitirse al artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999 suscrita entre la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y Sintracreditario, en el cual se relacionan los requisitos para obtener la pensión de jubilación convencional, en este se establece que el trabajador que se retire o sea retirado sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de haber servido 20 años a la institución.

Frente al alcance de dicha disposición convencional, señaló que existen varios pronunciamientos, entre ellos las sentencias SL 526 de 2018 y SL 5030 de 2019 de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, precisó que, de la lectura del texto convencional se colige que las condiciones generales que se establecen para adquirir la pensión de jubilación que se circunscriben a la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa y que haya prestado sus servicios a favor de esta cuando menos durante 20 años, por cuanto la edad, en este caso, no se acordó como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la misma, esto es como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición de exigibilidad del derecho pensional.

En el caso concreto indicó, que para el 27 de junio de 1999, fecha de desvinculación del actor de la empresa, ya contaba con más de 20 años al servicio de la extinta Caja Agraria, siendo claro

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501
Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, esto es el 29 de julio de mismo año, el demandante tenía el derecho adquirido pues había reunido los requisitos para acceder al derecho pensional, esto es tiempo de servicio y desvinculación, por lo que estaba pendiente para el disfrute el cumplimiento de la edad, requisito que cumplió el 5 de febrero del 2012, en ese orden de ideas, las revisiones contenidas en el Acto Legislativo 01 del 2005 no afectan la pensión de jubilación deprecada en el entendido que se causó desde el 27 de junio de 1999 y en tal medida constituye un derecho adquirido.

En cuanto a la forma de liquidar la dicha prestación, advirtió que esta se rige por los parámetros del parágrafo 3 del artículo 41 de la Convención Colectiva 1998-1999, conforme al cual, se tendrá en cuenta el último salario promedio devengado por el actor en el último año de servicio, que en este caso corresponde a la suma de \$1.340.265, por lo que se ordena a la UGPP a actualizar el salario base para calcular la pensión convencional desde el 27 de junio de 1999 hasta el 05 de febrero del 2012, fecha en que se hizo exigible la prestación, y sus ajustes legales año tras año, incluyendo únicamente la mesada adicional de diciembre, es decir, sobre 13 mensualidades al año, de conformidad con el parágrafo 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, por cuanto el requisito de exigibilidad de edad para acceder a la pensión se cumplió con posterioridad al 31 de julio de 2008.

En cuanto a la excepción de prescripción indicó que la prestación se hizo exigible el 5 de febrero del 2012, de manera que el demandante tenía hasta el 5 de febrero del 2015 para interrumpir el término prescriptivo de 3 años, sin embargo, la reclamación administrativa se presentó el 14 de mayo de 2019 y la demanda se presentó el 21 de agosto de la misma anualidad, de allí que se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas con antelación al 14 de mayo de 2016, por lo que esta excepción se declara probada parcialmente.

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501
Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

Señaló que, como quiera que al demandante le fue reconocida pensión de vejez por Colpensiones, aquella pensión de jubilación convencional tiene el carácter de compartida con la pensión reconocida por Colpensiones tal y como lo establecen las normas vigentes para la época tal y como fue estudiado por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de septiembre de 2012 radicado 32951, en la que se indicó que, revisado el texto convencional en el mismo no se consagró de forma expresa que esta prestación no sea compatible con la de vejez, así las cosas, la UGPP está llamada a reconocer el mayor valor que llegue a existir entre estas dos pensiones.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

El **demandante**, señaló que se reconoce el pago de 13 mesadas anuales, pese a que para el 27 de junio de 1999 el demandante ya completaba los 20 años de servicios, por lo que a la fecha de su despido el derecho ya estaba causado por disposición del acuerdo convencional, el cual no le afecta el Acto Legislativo 01 del 2005, pues la edad fue un requisito de exigibilidad y no de causación, razón por la cual deben reconocerse 14 mesadas al año, citando para ello la sentencia SL 065 de 2021 radicado 77288.

Solicitó se realice la liquidación respectiva de la pensión de acuerdo con el párrafo tercero del artículo 41 de la Convención Colectiva, en el sentido de que la mesada de la pensión ha de reconocerse con el último año de servicios que equivale a la suma de \$1.340.265 y al aplicarse el IPC arroja un valor de \$2.102.858 la cual resulta ser la cuantía de la pensión o una mayor conforme la liquidación que profiera el Superior.

La **U.G.P.P.**, citó las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 33106 y la 29778 del 2006, en las que se señala que, del análisis de la

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501
Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

norma convencional, aflora que, tanto el tiempo de servicio como la edad son presupuestos que deben adquirirse estando al servicio de la empleadora, pues la expresión “trabajadores” que consigna la disposición, se aplica a quienes tengan esa condición, pues esta señala que tendrán derecho a la pensión de jubilación los trabajadores que hubiesen prestado 20 años de servicios continuos o discontinuos y tengas 55 años para el caso de los hombres, lo que permite entender que los dos requisitos deben estar satisfechos por el beneficiario estando al servicio de la empresa.

Hizo referencia a la sentencia con radicado 31856 del 2008, para señalar que con del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 celebrada entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero con el Sindicato de los trabajadores de dicha entidad, es claro que la edad es uno de los requisitos establecidos para el cumplimiento y posterior reconocimiento y pago de la pensión convencional de jubilación y en este caso el demandante cumplió la edad hasta el 5 de febrero del año 2012, esto es con posterioridad al 31 de julio de 2010, motivo por el cual no se cumplió con un requisito estando vigente el contrato de trabajo y por ello no hay lugar a la pensión de jubilación deprecada.

Finalmente, en cuanto a la compatibilidad de las pensiones, trajo a colación la Resolución 131488 del 15 de mayo de 2015 y haciendo referencia a la pensión reconocida por Colpensiones, dicha resolución y el artículo 128 de la Constitución y el art. 77 del Decreto 1848 del 69 y demás normas concordantes, señalan la incompatibilidad de dichas pensiones, esto es de la reconocida por Colpensiones y la que se pretende sea reconocida por la UGPP, por cuanto se estarían teniendo en cuenta los mismos tiempos de servicio y en ese orden de ideas, conforme lo estipula la Ley 100 de 1993 habrá de concederse una única pensión, la que ya fue reconocida por Colpensiones.

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501
Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

Actuación procesal en segunda instancia.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las partes para reafirmar sus argumentos.

Luego, en virtud de los Acuerdos PCSJA22-11918 y CSJBTA22-13 de fechas 2 y 23 de febrero del 2022, respectivamente, mediante auto del 8 de marzo del 2022 se remitió el proceso a la Sala de Descongestión de esta Corporación, siendo devuelto conforme auto proferido el 30 de junio de la anualidad en curso.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es U.G.P.P., se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Conforme los antecedentes señalados, advierte la Sala que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar, **en primer lugar**, si hay lugar a reconocer una pensión de jubilación convencional a favor de Luis Danilo Álvarez Rentería, pese a las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005 y si ello es así, si

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501
Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

cumple con los requisitos para acceder a dicha prestación, y en **segundo lugar**, si dicha pensión de jubilación tiene el carácter de compartida con la pensión de vejez reconocida por Colpensiones.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL.

En relación con la interpretación de los acuerdos convencionales, ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que son las partes a quienes les corresponde fijar el sentido y alcance de los acuerdos convencionales y, desde luego, excepcionalmente, a los jueces laborales, teniendo en cuenta la preceptiva contenida en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S. En aplicación de esa normativa, la Corte ha explicado que cuando una norma de naturaleza convencional permite razonablemente varias interpretaciones, frente a cualquiera que escoja el juzgador de instancia, no se incurre en yerro alguno (CSJ SL4485-2018, CSJ SL953-2019).

En efecto, esta Sala ha precisado que «la convención colectiva cuenta con un marco de interpretación razonable, que le da autonomía a las partes y al juez para decidir lo más adecuado, de entre varias opciones plausibles», pero que, a la vez, niega la validez de lecturas no aceptables, que «traicionan abiertamente el contexto en el que se producen o que resultan ilógicas, irrazonables y desproporcionadas».

En ese sentido, la apreciación de las convenciones colectivas de trabajo no puede ser plenamente libre o arbitraria para las partes, de manera que conduzca a cualquier resultado, «sino que debe inscribirse dentro de un contexto jurídico y social preciso, al que debe guardar lealtad y con el que debe conjugarse de manera consecuente y armónica, más cuando se trata de la administración de recursos de naturaleza pública» (CSJ SL351-2018).

La misma Corporación, en sentencia del 23 de enero de 2009, Rad. 30077, reiterada el 14 de agosto de 2013 y 09 de septiembre de 2015, Rads. 51573 y 47803, respectivamente, y recientemente en la sentencia **SL5103-2020**, la misma Corporación manifestó que a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no se puede acordar en pactos,

convenciones colectivas, laudos arbitrales o acto jurídico alguno, regímenes pensionales diferentes a los establecidos en las leyes que regulan el sistema general de pensiones, por lo que, no es lícito que los convenios colectivos de trabajo o actos jurídicos de cualquier clase establezcan sistemas pensionales distintos al implementado por la ley, aun cuando sean más favorables a los trabajadores.

En igual sentido, la H. Corte ha expuesto que en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, los convenios colectivos, laudos o acuerdos mantienen su vigencia por el término inicialmente estipulado; que no pueden pactarse condiciones pensionales más favorables a las que se encontraren vigentes; y que en todo caso tales condiciones pierden vigencia el 31 de julio de 2010.

Y en la sentencia del 31 de enero de 2007, SL 31000, reiterada en sentencia SL 30077 del 23 enero de 2009, SL 39797 del 24 de abril de 2012, SL1409-2015, SL4963-2016 y SL3780-2018, la Alta Corporación interpretó las anteriores disposiciones estableciendo las siguientes reglas:

a) El “término inicialmente estipulado” hace alusión a que las partes celebrantes de un convenio colectivo expresamente hayan pactado como el de la duración del mismo, de manera que si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el “término inicialmente pactado”. Ocurrido esto, el convenio pierde totalmente su vigencia en cuanto a materia pensional se refiere y no podrán las partes ni los árbitros disponer sobre dicha materia en un conflicto colectivo económico posterior.

b) En el caso en que al momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo un convenio colectivo estaba vigente por virtud de la figura de la prórroga automática.

c) Cuando la convención colectiva de trabajo a la entrada en vigencia del acto legislativo se encuentra surtiendo efectos por virtud de la denuncia de la convención colectiva de trabajo y la iniciación posterior del conflicto colectivo de trabajo que no ha tenido solución.

En las dos últimas situaciones, debe advertirse que la convención sigue vigente por ministerio de la ley y no por

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501

Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA

Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

voluntad de las partes. En estos casos, de conformidad con el parágrafo 3° transitorio, las disposiciones convencionales en materia de pensiones continúan su observancia hasta el 31 de julio de 2010 y no pueden las partes ni los árbitros, entre la vigencia del acto legislativo y el 31 de julio de 2010, pactar o disponer condiciones más favorables a las que están en vigor a la fecha en que entró a regir el acto legislativo”.

De esta manera, es claro tal y como lo dijera el órgano de Cierre en su especialidad laboral en sentencia del 09 de agosto de 2017, Rad. 49765, que en el evento de que la convención haya sido objeto de sucesivas prórrogas por cuenta de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T., las reglas pensionales subsistirán hasta el 31 de julio de 2010, fecha fijada como límite para la supervivencia de los beneficios pensionales extralegales.

Así mismo, y en relación con la aplicación del Acto Legislativo en estudio, en sentencia SU-555 de 2014, la H. Corte Constitucional expuso que el enunciado “*no podrán extenderse más allá del 31 de julio de 2010*” se ajusta a las Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo- O.I.T., pues lo que encomendó el Comité Sindical de dicha organización, es que las pensiones convencionales que tengan reglas de carácter pensional mantengan sus efectos hasta la fecha de su vencimiento, es decir, que se respeten los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, escenario que es lo mismo que garantiza el Acto Legislativo 01 de 2005, donde se establece una regla para derechos adquiridos y una regla de transición para que se satisfagan las expectativas legítimas de pensión.

Igualmente, en la sentencia SU-241 de 2015 la máxima Corporación Constitucional estableció: i) si una pensión es reconocida conforme a derecho no puede congelarse, reducirse ni dejarse de pagar, aunque provenga de un régimen especial. En efecto, a pesar de que la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 limitó la vigencia de los regímenes pensionales especiales existentes hasta el 31 de julio de 2010 y prohibió la creación de otros nuevos, ordenó el respeto de los

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501
Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

derechos adquiridos, salvo fraude a la ley; ii) la prohibición de diseñar nuevos regímenes pensionales especiales opera hacia el futuro, es decir desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005 (25 de julio de 2005, día de su publicación); iii) la vigencia de los regímenes pensionales especiales, exceptuados y similares expiró el 31 de julio de 2010; y iv) las reglas pensionales vigentes al momento de expedir el Acto Legislativo, incluidas las contenidas en las convenciones colectivas, se mantendrán por el término inicialmente estipulado.

VI. DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

En el asunto bajo estudio, no son objeto de discusión los siguientes hechos: **i)** el nacimiento de Luis Danilo Álvarez Rentería el 05 de febrero de 1957 (fl. 28 y 29); **ii)** El demandante laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero del 15 de mayo de 1979 al 27 de junio de 1999 (fl. 31-32); **iii)** Entre el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el empleador del demandante, se suscribió la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 el 15 de abril de 1998, y que tiene sello de depósito ante el respectivo Ministerio el día 17 de abril de 1998 (fls. 45 a 76); **iv)** El 14 de mayo de 2019, el actor solicitó el reconocimiento de la pensión convencional a la **U.G.P.P.** (fl. 20 a 26), empero fue negada mediante la Resolución RDP 022623 de 29 de julio de 2019, por cuanto las pensiones convencionales fueron excluidas del ordenamiento jurídico mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 (fls. 44); y **v)** Mediante Resolución GNR 131488 del 06 de mayo del 2015, Colpensiones reconoció al demandante pensión vejez a partir del 5 de febrero del 2012 (fl. 39 a 42).

Sentadas las anteriores premisas, la Sala pasa a verificar la cláusula 41 de la convención colectiva suscrita entre la Caja de

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501
Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores- SINTRACREDITARIO (fl. 55 vto a 56) por ser el fundamento de las pretensiones de la demanda. Al respecto, la citada norma indica:

“ARTÍCULO 41o. PENSION DE JUBILACIÓN REQUISITOS.

A partir del dieciséis 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 salarios devengados durante el último año de servicios.

Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieren dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año, contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados, la pensión se regirá de la siguiente manera:

a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio su pensión se regirá por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones.

b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se regirá por las normas legales vigentes.

El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la entidad al Beneficiario.

Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la ley 4ª de 1966, los beneficios establecidos en dicha Ley.

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501

Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA

Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la institución (...)."

Así las cosas, el entendimiento que se logra deducir del parágrafo de la norma en estudio, es que los trabajadores que se retiren del servicio antes del cumplimiento de la edad, esto es, 55 años, tienen derecho a la pensión de jubilación, siempre y cuando hayan cumplido 20 años de servicios.

Al respecto, es claro que el accionante prestó por más de 20 años sus servicios, puesto que, como se dijo, laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero del 15 de mayo de 1979 al 27 de junio de 1999, lo que equivale a 20 años, 1 mes, y 12 días.

Ahora bien, en lo que respecta al **requisito del cumplimiento de la edad**, ha sido la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia quien ha establecido que resulta razonable el entendimiento que hizo el sentenciador de primer grado, es decir, que la edad de 55 años es un requisito de disfrute y no de causación. Al punto, en sentencias, SL2297-2021, se dijo:

“Sobre el alcance de dicha disposición convencional, debe señalarse que ya la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse, como por ejemplo en la sentencia CSJ SL5030-2019, en donde se sostuvo, que la intelección de este artículo 41, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística consiste en que: *i)* se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, es decir, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; *ii)* que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y *iii)* que el disfrute o goce de la prestación se configura, cuando el ex trabajador arriba a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

En similar sentido, esta Corporación en la sentencia CSJ SL526-2018, puntualizó:

[...] en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501

Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA

Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

[...] Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el ex trabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia.

[...] Entonces, siendo que los supuestos de hecho del derecho pensional aquí estudiado están limitados a la desvinculación del trabajador y la prestación del tiempo mínimo de servicio, pues la fecha del cumplimiento de la edad allí prevista es ajena a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, las únicas exigencias que lo estructuran o definen, que entiende la Corte deben producirse en el término de vigencia de ésta son las ya indicadas: desvinculación voluntaria o forzosa del servicio y tiempo del mismo. En tanto, la fecha del cumplimiento de la edad es de orden individual o particular, sin incidencia alguna en razón de la vigencia de la convención colectiva de trabajo, pues únicamente está atada a la situación particular del ex trabajador”.

Por lo expuesto, se considera que le asiste razón al juzgador de primera instancia en el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional a favor de Luis Danilo Álvarez Rentería, ya que su prestación quedó causada desde el momento en que acreditó 20 años de servicios y se retiró de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, el 27 de junio de 1999, por lo que no le eran aplicables las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005.

FECHA DE RECONOCIMIENTO Y VALOR DE LA MESADA INICIAL.

Como se ha explicado la edad es un requisito para el disfrute de la prestación de vejez, por lo que a partir del momento en que el demandante cumplió la edad de 55 años, era viable el disfrute

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501
Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

de la misma. Por tanto, y dado que el accionante alcanzó la edad de 55 años el 05 de febrero de 2012, pues nació el mismo día y mes de 1957, hay lugar a su reconocimiento a partir de la primera fecha en mención, tal y como lo dispuso el juez de primera instancia.

Por otra parte, y en lo referente al valor de la mesada inicial, el parágrafo 3° del artículo 41 convencional establece lo siguiente:

“PARÁGRAFO 3°. La pensión se liquidará así:

Primer Factor Fijo. Último sueldo básico mensual más primas de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengando.

Segundo Factor. Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más, y el valor de la sobreremuneración en el caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengados durante el último año.

Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.

De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido”

De conformidad con la norma transcrita, la Sala efectuó los cálculos de rigor tomado el promedio de lo devengado en el último año de servicios e indexó la primera mesada pensional, obteniendo los siguientes resultados:

Primer factor – fijo:

Sueldo básico	\$591.307
Prima de antigüedad	\$189.219
Total factor 1	\$780.526

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501
 Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA
 Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
 LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

Segundo factor – valores variables:

Incentivo localización	\$1.452.690
Prima semestral	\$17.829
Prima semestral	\$1.383.066
Prima semestral	\$1.369.321
Prima habitual	\$410.426
Prima habitual	\$990.243
Sobreremuneración	\$1.093.829
Subtotal factor 2	\$6.717.404
Total factor 2	\$559.784

VALOR	IPC inicial 1999 (A)	IPC final 2012 (B)	B/A	B/A * K
\$ 1.340.310	36,42	76.19	2,09	\$ 2.801.248
TASA DE REEMPLAZO			75%	\$ 2.100.936

De esta manera, tenemos que el valor correspondiente a la pensión de jubilación del actor resulta ser la suma de **\$2.100.936**.

COMPARTIBILIDAD

Para resolver el punto de apelación de la pasiva, ha de señalarse que, en múltiples pronunciamientos sobre este tema particular, como en las sentencias SL 2655 del 2021 y la SL 2456 de 2022, entre otros, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha señalado que la pensión de vejez y la de jubilación aquí deprecada son prestaciones compartibles.

Frente al particular, la sentencia SL 2655 de 2021, expuso:

“(…) en efecto, Colpensiones reconoció al actor, preliminarmente, pensión de vejez mediante Resolución n.º GNR 376444 de 23 de octubre de 2014, efectiva a partir del 1.º de noviembre de esa misma anualidad; que posteriormente la citada entidad, dando cumplimiento a una orden judicial, procedió mediante Resolución n.º SUB 240164 de 12 de septiembre de 2018 a reconocer como fecha de causación del derecho pensional el 25 de noviembre de

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501

Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA

Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

2011 y disponer el pago del correspondiente retroactivo causado entre esta última fecha y el 31 de octubre de 2014, deduciéndose de tales documentales que la entidad de la seguridad social canceló como cuantía inicial de la prestación pensional, al 25 de noviembre de 2011, la suma de \$1.327.364,00.

Ahora bien, al ser dichas prestaciones económicas compartibles, dado que se efectuaron los aportes respectivos al ISS, hoy Colpensiones, con el objetivo de trasladar a aquella la obligación de reconocer la pensión de vejez, una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones necesarios, el empleador sólo conserva la obligación de pagar el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión de jubilación y el monto de la prestación pagada por la entidad de la seguridad social, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 758 de 1990 (CSJ SL16831-2017).”

Con base en lo anterior y atendiendo a que el empleador efectuó aportes al entonces ISS - hoy Colpensiones⁵ con el objetivo de trasladar a aquella la obligación de reconocer la pensión de vejez, una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones necesarios, es claro que el empleador sólo conservó la obligación -si es que se causa- de pagar el mayor valor, una vez el ex trabajador cumplió los requisitos de edad y cotizaciones necesarios. Por lo anterior, acertada resulta la decisión del *a quo* de tener como compartidas la pensión de vejez reconocida por Colpensiones así como la de jubilación convencional a cargo de la U.G.P.P, ordenando a esta última, al pago del mayor valor que resulte entre estas dos prestaciones.

MESADA CATORCE.

Al respecto, ha de **MODIFICARSE** la condena impuesta frente al particular, ya que la prestación del demandante debe reconocerse por 14 mesadas anuales, como quiera que la prestación se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que no se vio afectada por tal normatividad, recuérdese que el inciso 8° del acto legislativo en mención dispuso que las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de su vigencia no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año.

⁵ Fl.146

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501
Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

Ahora bien, como quiera que Colpensiones reconoció al actor su prestación de vejez por 13 mesadas anuales, aquella mesada 14 deberá ser cancelada por la UGPP, pues forma parte del mayor valor que debe cancelar por efecto de la compartibilidad pensional, tal y como ha sido señalado por la máxima Corporación de cierre de la jurisdicción laboral:

“Por otra parte, se advierte que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio o *«mesada catorce»*, pues se insiste, causó su derecho pensional cuando se produjo su desvinculación luego de más de 20 años de servicios, esto es, bien sea el 27 de agosto de 1999 o el 15 de julio de 2002, por lo que su derecho no está afectado por la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la prestación se causó antes de que esta normativa entrara en vigor. Teniendo en cuenta que la pensión de vejez reconocida por Colpensiones solo tuvo en cuenta el pago de trece mesadas, la mesada catorce deberá ser cancelada de manera exclusiva por la aquí demandada, dado que la misma forma parte del *«mayor valor»* al cual por ley está obligada a asumir por efecto de la compartibilidad pensional. (CSJ SL8296-2017, CSJ SL3340-2020).”⁶

PRESCRIPCIÓN.

El artículo 151 del C.P.T y de la S.S dispone que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible; y que el simple reclamo escrito sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En el plenario se tiene que el demandante tenía derecho a la pensión de jubilación convencional a partir del 5 de febrero del 2012, data para la cual alcanzó la edad de 55 años, elevó reclamación ante la UGPP el 14 de mayo de 2019 (fl. 20), y presentó la acción el 21 de agosto del 2019, con lo que, en este caso, tal y como lo señaló el juez de primer grado, la pretensión se vio afectada por el fenómeno prescriptivo, siendo acertada la

⁶ SL 2655 de 2021

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501
Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA
Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

decisión de reconocer la pensión de jubilación convencional con efectos fiscales a partir del 14 de mayo del 2016, ya que las mesadas causadas con anterioridad se encuentran prescritas, razón por la que en el punto será igualmente confirmada la decisión.

INDEXACIÓN.

La Sala considera acertada su condena, dado que al momento en que se haga efectivo el pago de las correspondientes mesadas pensionales, su valor se podría verse sometido a depreciación monetaria. Lo dicho, de conformidad con las sentencias SL194-2019, SL3397-2020 y SL359-2021.

Por lo brevemente expuesto, se **MODIFICARÁ** la sentencia de primer grado, para tener como cuantía inicial de la prestación reconocida la suma de **\$2.100.936** y reconocer el pago de la mesada 14, la cual deberá ser pagada por la aquí demandada junto con su retroactivo a partir del 14 de mayo de 2016. En todo lo demás se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada y consultada.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501

Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA

Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P

R E S U E L V E

PRIMERO. - MODIFICAR la sentencia de origen y fecha conocidos, para tener como cuantía inicial de la prestación reconocida la suma de **\$2.100.936**, y ordenar a la demandada UGPP el reconocimiento y pago al actor de la mesada 14 a partir del 14 de mayo de 2016.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en todo lo demás la providencia apelada y consultada, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Código Único de Identificación: 11001310500320190055501

Demandante: LUIS DANILO ÁLVAREZ RENTERIA

Demandado: UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL- U.G.P.P



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000 a cargo de la parte demandada.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO