REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 002-2020-00289-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de Dos Mil Veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **CARLOS HERNANDO GUTIERREZ ROA**
DEMANDADOS: **COLPENSIONES**
ASUNTO : **CONSULTA PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 03 de marzo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor CARLOS HERNANDO GUTIERREZ ROA, instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (folios 2-7 carpeta 1):

PARTE DECLARATIVA PRINCIPAL:

1. DECLARAR que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, contemplada en el artículo 9 Ley 797 de 2003.
2. DECLARAR que es acreedor de la diferencia dejada de pagar por la entidad seguridad social, sobre el monto real de la pensión, el cual es equivalente a

$59.078.423, sobre las mesadas causadas desde el 1 de agosto de 2014 al 30 de noviembre de 2018.

PARTE CONDENATORIA PRINCIPAL:

1. CONDENAR al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en los términos de que trata el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.
2. CONDENAR a la pasiva, a pagar la suma de $59.078.423, por diferencias generadas producto de la reliquidación, desde el 1 de agosto de 2014 al 30 de noviembre de 2018.
3. **CONDENAR** a la entidad convocada a juicio, al pago de los intereses moratorios e indexación.
4. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación al escrito de demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que el accionante al ser beneficiario del régimen de transición, se le liquidó la pensión atendiendo lo normado en la Ley 33 de 1985, por lo que en su concepto no resultaba aplicable lo contemplado en la Ley 797 de 2003, ya que ello iría en contravía del principio de inescindibilidad. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, entre otras (folios 3-20 de la carpeta 6).

Mediante auto de fecha 24 de enero de 2022, el Juzgado de origen admitió el escrito de contestación, presentado por la entidad llamada a juicio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 02 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ,** el 16 de febrero de 2023, profirió sentencia en el siguiente sentido:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER*** *a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante CARLOS HERNANDO GUTIERREZ ROA de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.*
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *probada la excepción de inexistencia del derecho propuesta por la demandada.*
> ***TERCERO: CONDENAR*** *en costas a la parte demandante entro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a (1/2) SMMV*

CUARTO: *Si no fuere apelado el presente fallo, consúltese con el superior."*

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a los intereses del demandante, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si el demandante tiene derecho a que su derecho pensional por vejez, sea reconocido y pagado con fundamento en la Ley 797 de 2003. **2.** En caso afirmativo, se habrá de establecer el retroactivo generado producto de la reliquidación, así como la procedencia de la excepción de prescripción.

CALIDAD DE PENSIONADO

Sea lo primero señalar que COLPENSIONES, a través de la Resolución N° GNR 284264 del 13 de agosto de 2014, reconoció al señor CARLOS HERNANDO GUTIERREZ ROA, pensión de vejez con fundamento en la Ley 33 de 1985, a partir del 1 de agosto de 2014, en cuantía de $2.747.483 (folio 10-17 carpeta 1). Así mismo se corrobora que, el monto del beneficio pensional fue equivalente al 75% y el IBL igual a $3.663.310.

Así las cosas, tenemos que el artículo 36 de la ley 100 de 1993, estableció un régimen de transición para aquellas personas que en la fecha en que entró en vigencia el sistema de seguridad social integral estaban próximas a cumplir los requisitos de la pensión de vejez, ello con la finalidad en que se les permitiera pensionarse con el cumplimiento de los requisitos que prescribían las normas anteriores a la Ley 100 de 1993.

Ahora, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores: un primer grupo, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones (1 de abril de 1994).

Posteriormente, el parágrafo transitorio 4° del Acto legislativo 1º de 2005 estableció que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo que al momento de la entrada en vigencia de dicho acto, lo que ocurrió el 29 de julio de 2005, el afiliado acreditara una densidad de cotizaciones igual a 750 semanas, caso en el cual el régimen de transición se extendió hasta 2014, aspecto que ha sido objeto de interpretación por la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, en el sentido de indicar que dicha extensión lo fue hasta el 31 de diciembre de 2014, tal y como recientemente reiteró en las sentencias SL4285 de 2018, SL5113 de 2018, SL094 de 2019, SL841 de 2019, entre otras.

A su turno, se advierte que la Corte Constitucional mediante la sentencia T-798 de 2012, indicó que en la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005, el constituyente limitó la vigencia del régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010, excepto para quienes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, además de reunir los requisitos consagrados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contaran por lo menos 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios, pues para estos afiliados el régimen de transición se extendería hasta el año 2014, ***como una medida para salvaguardar las expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a pensionarse.***

Esa reforma de carácter constitucional, obedeció a la necesidad de reducir el déficit operacional que presentaba el sistema general de pensiones en esos momentos a causa de *"la disminución en las tasas de natalidad, fecundidad y mortalidad, y el aumento en la expectativa de vida de la población colombiana; en el proceso de maduración del régimen de prima media con prestación definida, por el cual, ha habido un aumento en la tasa de dependencia, definida como la relación entre el número de pensionados y de afiliados cotizantes; y las fases recesivas de la economía colombiana durante las cuales se aumenta el desempleo, lo que ocasiona una disminución en los aportes de los afiliados al sistema", lo cual estaba generando una crisis económica insostenible que ponía en peligro los pagos pensiónales actuales y futuros, que por demás, afectaba la estabilidad macro-económica y fiscal del país.*

En ese orden, la Corte Constitucional destacó que las reformas introducidas por el Gobierno Nacional según el proyecto de Acto Legislativo, pretendía garantizar que los afiliados que ingresaran al sistema, a partir de la reforma contenida en la Ley 797 de 2003, no aumentaran el déficit operacional, lo cual se relaciona directamente con la sostenibilidad financiera del sistema.

En ese sentido, para que el actor pudiese pensionarse con la norma anterior a la Ley 100 de 1993 se requería que la causación del derecho pensional fuera hasta 31 de diciembre de 2014, siempre que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1995, contara con 750 semanas, de lo contrario la prestación estaría sujeto a lo contemplado en la Ley 797 de 2003, que estableció como parámetros para otorgar el beneficio, los siguientes:

> *"1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*
>
> *A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
>
> *2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*
>
> *A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015."*

Así las cosas, atendiendo lo enunciado precedentemente y al aplicarlo al asunto de marras, se evidencia que no existe discusión que el demandante era beneficiario del régimen de transición, como quiera que para el 1 de abril de 1994, contaba con más de 15 años de servicios, beneficio que le permitió pensionarse bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985, por cumplir con los 55 años de edad y 20 años de servicio público, antes del 31 de diciembre de 2014, sin que para la época se le pudiese aplicar otro precepto legal anterior al sistema de seguridad social integral -*Acuerdo 049 de 1990 o Ley 71 de 1988*-, como tampoco la Ley 797 de 2003, ya que la edad de 60 años la acreditaba hasta el 30 de octubre de 2017, es decir, cuando ya había perdido vigencia el régimen de transición, en tanto frente a la Ley 797 de 2003, la edad aumentó a 62 años, a partir de 2014.

En este orden de ideas, se tiene que al leer el escrito de demanda el actor pretende el reconocimiento de la pensión de vejez, con fundamento en la Ley 797 de 2003, como quiera que esta normativa permite la acumulación de tiempo de servicio público y privado, y con ello tomar en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada, por lo que solicitó el pago de $59.078.423, por diferencias pensiónales generadas desde el 1 de agosto de 2014, fecha en que fue reconocida la pensión hasta el 30 de noviembre de 2018: "*Se CONDENE a COLPENSIONES a pagar al señor CARLOS HERNANDO GUTIÉRREZ ROA la suma de CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTITRÉS PESOS ($59'078.423=), por concepto de la diferencia de dejada de pagar sobre el monto del retroactivo causado del 1 de agosto de 2014 al 30 de noviembre de 2018."*

Luego, si bien considera esta Sala de Decisión, una vez revisado el documento de identificación, así como la planilla e historia laboral del señor GUTIERREZ ROA, que el actor nació el 30 de octubre de 1957, y que cotizó un total de 1671.43 semanas desde el 10 de diciembre de 1981 hasta el 30 de septiembre de 2016, lo que lo haría merecedor de la pensión contemplada en la Ley 797 de 2003, lo cierto, es que esta se causaría solo hasta la fecha en que se acreditaron los 62 años de edad, es decir, 30 de octubre de 2019, por lo que las mesadas causadas con anterioridad, quedarían sin soporte legal para su reconocimiento, habida consideración que el asegurado no puede beneficiarse de una u otra norma, para gozar del beneficio pensional, pues ello estaría en contravía del principio de inescindibilidad y de sostenibilidad financiera.

Al respecto la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL3484 de 2022, frente a un caso similar al aquí estudiado, preciso:

> *"De esta manera, si se accede inicialmente al reconocimiento pensional bajo la Ley 33 de 1985 sin el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, l**a reliquidación posterior resultaría contraria a derecho, porque al pensionado ya le fueron canceladas las mesadas pensionales que se causaron bajo el régimen inicial, las cuales, de efectuarse la reliquidación, quedaría sin soporte legal su reconocimiento, pero, además, cualquier mecanismo de devolución, retorno o descuento a futuro de lo ya cancelado, distorsiona la aplicación efectiva del régimen de transición y pone en riesgo el funcionamiento del régimen de prima media con prestación definida."***

Por lo anterior, es claro que no procede el reconocimiento y pago del beneficio pensional de conformidad con lo enunciado en la Ley 797 de 2003, por lo que se habrá de CONFIRMAR en este aspecto la sentencia de Primera instancia.

No obstante, atendiendo los derechos mínimos e irrenunciables del pensionado, y atención a que lo pretendido por el actor, es la reliquidación de su pensión, computando para hallar el ingreso base de liquidación, las cotizaciones efectuadas tanto en el sector público como privado, ya que COLPENSIONES, solo tomó el tiempo público, se considera lo siguiente:

-el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 garantiza a los beneficiarios del régimen de transición la aplicación del régimen anterior en lo relacionado con edad, tiempo de servicios o número de semanas y el monto, no así respecto de los demás conceptos, como quiera que remite a «las disposiciones contenidas en la presente Ley».

-Es así, como el IBL de los beneficiarios del régimen de transición se determina bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993. Así, nuestro máximo órgano de cierra

ha aclarado que, si al afiliado le hacían falta menos de 10 años para estructurar la pensión, su Ingreso base de liquidación se establecería conforme al inciso 3.º del artículo 36 de la citada ley, y si le hacía falta un tiempo igual o superior a los 10 años para causar la pensión, el IBL se obtendría, atendiendo el artículo 21 de la misma ley (SL13184-2017 y CSJ SL2954-2021).

-Estudiado el artículo 21 o 36 de la Ley 100 de 1993, se puede concluir que ambas normas permiten hallar el IBL con las cotizaciones efectuadas por el afiliado, ya sea en el sector público o privado, y así lo ha manifestado la Sala de Casación en la sentencia SL 3206 de 2022:

> *"Ahora, ya sea de la forma en que lo establece el artículo 36 o 21 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que ambos preceptos permiten determinar el IBL con todas las cotizaciones realizadas por el afiliado, sea en el sector público o privado. En efecto, las mencionadas disposiciones no establecen distinciones al respecto, por el contrario, habilitan la suma de todas las cotizaciones, lo cual responde a la finalidad del sistema de superar la segmentación que existía en la forma de liquidar las prestaciones.*
> *(...)*
> *Desde este punto de vista, el recurrente tiene razón al afirmar que el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el cual le resulta aplicable por faltarle más de 10 años para adquirir el derecho pensional, no establece distinciones o exclusiones fundadas en el origen público o privado de las cotizaciones. Todas las cotizaciones son válidas a efectos de liquidar las prestaciones que otorga el sistema.*
> *Por otra parte, no tiene lógica que, para otros beneficiarios del régimen anterior, por ejemplo, aquellos cuyo régimen anterior sea la Ley 71 de 1988, el IBL se integre conforme a la Ley 100 de 1993, esto es, incluyendo tiempos públicos y privados, pero para los titulares de la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, se introduzcan matizaciones o distinciones no consentidas por la norma. La ley es general e igual para todos y no caben exclusiones no autorizadas expresamente por el precepto normativo"*

-Adicionalmente se debe indicar, que el hecho que el Ingreso base de liquidación se determine con aportes públicos y privados, no desnaturaliza la pensión de jubilación reconocida por la Ley 33 de 1985, pues así lo dejo sentado nuestro máximo órgano de cierre, en el precedente enunciado:

> *"podría contraargumentarse que la posibilidad de incluir cotizaciones sufragadas en calidad de trabajador particular a efectos de establecer el IBL de la pensión de Ley 33 de 1985, desnaturalizaría su finalidad. Sin embargo, ello no es así, pues, por una parte, el carácter oficial de la prestación sigue aún anclada a tiempos de servicios laborados en calidad de servidor público y, por otra, el legislador en su libertad de configuración legislativa bien puede establecer que una prestación oficial se liquide tanto con tiempos públicos como con tiempos privados, a fin de garantizar su reconocimiento con la totalidad de las cotizaciones efectivamente realizadas o tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados, esto es, que el monto de la pensión tenga una relación directa con lo cotizado o servido, tal y como se reafirmó en los*

> *artículos 2.º literal l) y 5.º de la Ley 797 de 2003. Precisamente por lo anterior, es evidente que esta posibilidad no afecta el principio de sostenibilidad financiera, pues los tiempos privados incluidos en el IBL cuentan con su respectivo respaldo en cotizaciones efectivamente sufragadas. Es más, en los términos explicados, su inclusión responde a la finalidad del sistema general de seguridad social de superar la segmentación en la liquidación de las prestaciones, con el propósito que todas las cotizaciones derivadas del trabajo -sin importar su origen público o privado-, sean válidas para establecer el valor de las prestaciones."*

En este sentido, es viable acumular tiempo público y privado, SOLO para efectos de determinar el Ingreso base de liquidación, razón por la cual, y como quiera que al actor le hacían falta más de 10 años para adquirir el derecho pensional, en el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, el mismo debía establecerse de acuerdo a lo enunciado en el artículo 21 de la citada norma, esto es, con los últimos 10 años, al ser más favorable.

Realizadas las operaciones aritméticas, con ayuda del grupo liquidador, se obtuvo un IBL de $6.571.288,18 precisando que los aportes incluidos fueron aquellos efectuados con anterioridad el 1 de agosto de 2014, es decir, antes de adquirir el estatus de pensionado, sin que se hubiese tomado aquellas cotizaciones realizadas con posterioridad, ello por disposición del artículo 17 de la Ley 100 de 1993; valor al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, obteniéndose una primera mesada pensional igual a $4.928.466,14 es decir, superior a la que reconoció COLPENSIONES $2.747.483.

Con base a lo expuesto, se debe acceder a la reliquidación del beneficio pensional a partir del 1 de agosto de 2014; sin embargo, dado que la pasiva propuso la excepción de prescripción esta se declara probada respecto de aquellas mesadas causadas con anterioridad al 21 de septiembre de 2017.

Lo anterior obedece a que el actor solicitó la pensión, el 14 de marzo de 2014, petición que fue atendida por Acto Administrativo GNR 284264 de 2014 (folio 87 de carpeta 6).

Contra la anterior resolución, el demandante presentó recurso de reposición y apelación (folio 78 carpeta 06), al estar inconforme con el INGRESO BASE DE LIQUIDACION, adoptado por la entidad de seguridad social, siendo el primero resuelto por Acto Administrativo GNR 109713 del 16 de abril de 2015, notificado el 23 de abril de 2015 (folio 101) mientras que el último fue atendido por Resolución VPB 936 del 8 de enero de 2016, notificado el 29 de febrero de 2016. (folio 195).

-El accionante, presentó con posterioridad otra petición -20 de septiembre de 2016 (folio 193)- pero ésta no interrumpió el término prescriptivo, a la luz de lo previsto en el artículo 489 del C.S.T., ya que ello ocurrió al haber sustentado el recurso de reposición y apelación.

-La resolución por medio de la cual se atendió el recurso de apelación, fue notificado el 29 de febrero de 2016 y la demanda radicada el 21 de septiembre de 2020 (folio 37 carpeta 1), esto es, después de transcurrido tres años.

-Por lo tanto, la presentación de la acción ordinaria, fue la que sirvió de extremo final para contabilizar el termino trienal, y en esa medida se repite todas aquellas diferencias, causadas con anterioridad al 21 de septiembre de 2017, se vieron afectadas por este fenómeno jurídico.

Por lo tanto, el retroactivo generado desde el 21 de septiembre de 2017 hasta el 30 de agosto de 2023, es equivalente a $223.169.237.13, suma que deberá ser indexada al momento de su pago.

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2004	183	53,070	79,56	1,499	$ 2.448.672,13	$ 3.670.931,9	$ 22.392.684,5
2005	360	55,990	79,56	1,421	$ 2.496.500,00	$ 3.547.446,7	$ 42.569.360,2
2006	360	58,700	79,56	1,355	$ 2.621.333,33	$ 3.552.866,8	$ 42.634.401,4
2007	360	61,330	79,56	1,297	$ 2.734.083,33	$ 3.546.774,3	$ 42.561.292,0
2008	360	64,820	79,56	1,227	$ 2.895.166,67	$ 3.553.524,5	$ 42.642.294,4
2009	360	69,800	79,56	1,140	$ 3.117.250,00	$ 3.553.129,1	$ 42.637.549,0
2010	330	71,200	79,56	1,117	$ 6.148.500,00	$ 6.870.430,6	$ 75.574.736,8
2011	360	73,450	79,56	1,083	$ 9.475.500,00	$ 10.263.727,4	$ 123.164.729,2
2012	360	76,190	79,56	1,044	$ 10.573.000,00	$ 11.040.659,9	$ 132.487.919,1
2013	357	78,050	79,56	1,019	$ 11.623.084,03	$ 11.847.950,9	$ 140.990.615,4
2014	210	79,560	79,56	1,000	$ 11.557.000,00	$ 11.557.000,0	$ 80.899.000,0
Total días	3600				Total devengado actualizado a:	2014	$ 788.554.581,99
Total semanas	514,29					Ingreso Base Liquidación	$ 6.571.288,18
Total Años	120,00					Porcentaje aplicado	75%
						Primera mesada	$ 4.928.466,14
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2014	$ 616.000,00

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/14	31/12/14	1,94%	$ 4.928.466,00	$ 2.747.483,00	$ 2.180.983,00	0,00	$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	$ 5.108.848,00	$ 2.848.040,88	$ 2.260.807,12	0,00	$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	$ 5.454.717,00	$ 3.040.853,25	$ 2.413.863,75	0,00	$ 0,0
21/09/17	31/12/17	5,75%	$ 5.768.363,00	$ 3.215.702,31	$ 2.552.660,69	4,33	$ 11.061.529,7
01/01/18	31/12/18	4,09%	$ 6.004.289,00	$ 3.347.224,53	$ 2.657.064,47	13,00	$ 34.541.838,1
01/01/19	31/12/19	3,18%	$ 6.195.225,00	$ 3.453.666,27	$ 2.741.558,73	13,00	$ 35.640.263,5
01/01/20	31/12/20	3,80%	$ 6.430.644,00	$ 3.584.905,59	$ 2.845.738,41	13,00	$ 36.994.599,3
01/01/21	31/12/21	1,61%	$ 6.534.177,00	$ 3.642.622,57	$ 2.891.554,43	13,00	$ 37.590.207,6
01/01/22	31/12/22	5,62%	$ 6.901.398,00	$ 3.847.337,96	$ 3.054.060,04	13,00	$ 39.702.780,5
01/01/23	30/08/23	13,12%	$ 7.806.861,00	$ 4.352.108,70	$ 3.454.752,30	8,00	$ 27.638.018,4
Total retroactivo							$ 223.169.237,13

Los argumentos expuestos resultan suficientes para REVOCAR de manera parcial la sentencia de primera instancia, en el entendido de reliquidar el INGRESO BASE DE LIQUIDACION, adoptando para ello las cotizaciones efectuadas dentro de los 10 años anteriores a adquirir el estatus de pensionado.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

9

Sin costas en este grado jurisdiccional consulta. Las de la primera se revocan y se imponen a la demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida el 16 de febrero de 2023, por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar DECLARAR que COLPENSIONES debe reconocer y pagar a favor del señor CARLOS HERNANDO GUTIERREZ ROA, la mesada pensional en cuantía de $4.928.466,14 a partir del 1 de agosto de 2014, según se expuso.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE EL NUMERAL PRIMERO de la sentencia consultada, en el entendido de DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN sobre las diferencias generadas con anterioridad al 21 de septiembre de 2017, según se indicó.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar la suma de $223.169.237.13, por diferencias generadas producto de la reliquidación, desde el 21 de septiembre de 2017 hasta el 30 de agosto de 2023, cifra que deberá se indexada al momento de su pago.

CUARTO: CONFIRMAR EN LO DEMÁS la sentencia consultada.

QUINTO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta, las de la primera instancia se imponen a la entidad demandada.

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

Los magistrados,

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ**

PONENTE

CON ACLARACION DE VOTO

CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: *11001310500220200028901*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

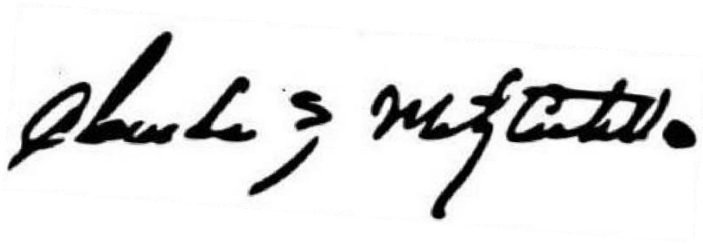
ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación No. 002-2020-00289-01
DEMANDANTE: **CARLOS HERNANDO GUTIERREZ ROA**
DEMANDADOS: **COLPENSIONES**
ASUNTO : **CONSULTA PARTE DEMANDANTE**

Aunque comparto la decisión definitiva de la Sala como en este proceso se impuso condena al pago del retroactivo pensional, sin advertir nada respecto de los descuentos de aportes en salud, seguramente llevados por la postura jurisprudencial actual referida a que para ello la entidad no requiere autorización judicial porque a los pensionados les corresponde en su totalidad el aporte por salud, los descuentos que por ese concepto se hagan y la correspondiente transferencia de esos recursos por el pagador de la prestación a la EPS o entidad en que estén afiliados para esos efectos, opera por ministerio de la ley, sin que se exija pronunciamiento judicial expreso al respecto, pues así lo prescriben los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994 (CSJ SL4649-2018; CSJ SL2234-2019, CSJ SL3691-2020 y CSJ SL4537-2021).

Sin embargo, considero que al impartir la orden sobre el pago de los aportes a salud, igualmente se atiende el ordenamiento legal, y adicionalmente se concibe un aspecto fundamental, esto es que los destinatarios de la decisión puedan comprenderla en todas sus dimensiones. Así, el ciudadano a quien se dirige la sentencia judicial, debe conocer, con claridad, que sobre las sumas retroactivas materia de condena, se realizaran unos descuentos por aportes a salud, para no generarle expectativas superiores, pues la entidad que tiene a cargo el pago de la mesada pensional debe efectuar las deducciones con esa finalidad, por ser un mandato ineludible del legislador.

Fecha ut supra



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

CON ACLARACION DE VOTO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 005-2019-00011-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos Mil Veintitrés (2023)

DEMANDANTE**:** **FLORENTINO OLAYA AHUMADA**

DEMANDADOS: **FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, LA NACIÓN-MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, UGPP Y COLPENSIONES.**

ASUNTO : **RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDADA (UGPP) Y CONSULTA A FAVOR DE LA MENCIONADA ENTIDAD**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la mencionada entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de junio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes demandantes y accionadas *–UGPP y COLPENSIONES-*, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 28 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor FLORENTINO OLAYA AHUMADA, instauró demanda ordinaria laboral contra el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES y la NACIÓN-MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 29-34):

PARTE DECLARATIVA:

1) DECLARAR que como ex trabajador de la empresa ALCALIS DE COLOMBIA-ALCO LTDA, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación.

2) DECLARAR que tiene derecho al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación, en los términos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del momento en que acreditó los 60 años de edad.

PARTE CONDENATORIA:

1) **CONDENAR** a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación a partir de la calenda en que cumplió los 60 años, esto es, desde el 05 de abril de 2018, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre y reajustes legales.
2) **CONDENAR** a la pasiva a pagar la mesada pensional debidamente indexada**.**
3) Costas procesales.

CONTESTACION DEMANDA

EI FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que el demandante no se retiró voluntariamente de la entidad ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA-ALCO LTDA, sino que su contrato terminó por mutuo consentimiento de las partes, sumado a que durante su vinculación, se le efectuaron cotizaciones al ISS. Propuso las excepciones de falta de título y causa en el demandante. Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido (carpeta 5).

Por su parte **LA NACIÓN-MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO,** en su escrito de oposición enunció que no tuvo relación laboral o contractual con el demandante, por lo que a su juicio no debe asumir responsabilidad alguna frente al reconocimiento de la prestación que se invoca (carpeta 6).

Por auto del 5 de febrero de 2020, el Juzgado de origen admitió los escritos de contestación presentado por las entidades convocadas a juicio (carpeta 7 del expediente digital). A su vez ordenó la vinculación de COLPENSIONES como Litis consorte necesario, entidad que también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que las pretensiones están dirigidas en contra de un tercero que no la involucra, toda vez que ALCALIS DE COLOMBIA LTDA,

fue asumida por la UGPP, unidad que en su concepto debe estudiar las súplicas enunciadas (carpeta 9).

Por proveído del 15 de febrero de 2021, el Juzgado de conocimiento tuvo por contestado el escrito inicial por parte de COLPENSIONES y ordenó la vinculación de la UGPP (carpeta 12)

La UGPP, fundamento su defensa, en que el actor no cumplió con los requisitos señalados en la Ley 17 de 1961, para el reconocimiento de la pensión peticionada. Propuso las excepciones de cobro de no debido, prescripción, imposibilidad de condena en costas y genérica o innominada. El anterior escrito fue admitido por proveído del 2 de mayo de 2022 (carpeta 14 y 16)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 05° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ,** el 07 de junio de 2022, dicto sentencia en el siguiente sentido:

> ***"PRIMERO: CONDENAR*** *a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a pagar a favor del señor FLORENTINO OLAYA AHUMADA una pensión sanción o restringida de jubilación en los siguientes términos:*
>
> *a. La suma de $1.685.976 a partir del 5 de abril de 2018 junto con los reajustes legales, y mesadas 13 y 14 adicionales. Estas mesadas deberán ser indexadas teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes en que cause cada mesada y como IPC final el del mes anterior al que se efectúe el pago.*
> *b. a partir del 5 de abril de 2020 por efectos de la compartibilidad pensional con la mesada reconocida con la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la mesada será de $879.952 junto con los reajustes legales, y mesadas 13 y 14 adicionales. Estas mesadas deberán ser indexadas teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes en que cause cada mesada y como IPC final el del mes anterior a su pago.*
> *c. Las mesadas 13 y 14 adicionales no se sujetas a compartibilidad y por tanto deberán cancelarse de manera íntegra y completa.*
>
> ***SEGUNDO: ABSOLVER*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declarando probada frente a estas tres demandadas la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.*
>
> ***TERCERO: SIN COSTAS*** *en esta instancia*."

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (UGPP)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia: “

RECONOCIMIENTO PENSION RESTRINGIDA DE JUBILACION: Señaló que el demandante no cumplió con los requisitos previsto en la Ley 171 de 1961, antes de que perdiera vigencia por disposición de la Ley 100 de 1993, ya que no acreditó los 60 años de edad, ni el tiempo de servicio, aunado a que el empleador ALCALIS DE COLOMBIA lo afilió al sistema de seguridad social en pensiones. Finalmente solicitó en caso de concederse el beneficio pensional, se revise la liquidación como la fórmula adoptada para obtener la cuantía de la prestación, así como la excepción de prescripción.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación consagrada en el Art. 8 de la Ley 171 de 1961. **2**. En el evento que sea procedente el reconocimiento de la prestación, determinar la fórmula a aplicar para liquidar la prestación. y **3.** Excepción de prescripción.

Existencia de la vinculación laboral:

Sea lo primero indicar que, no fue objeto de inconformidad que el señor FLORENTINO OLAYA AHUMADA prestó sus servicios a la compañía ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA EN LIQUIDACION “ALCO LTDA”., desde el 17 de enero de 1978 al 30 de junio de 1980 y desde el 20 de agosto de 1980 hasta el 15 de mayo de 1993, fecha esta última en la que fue terminado el vínculo por mutuo acuerdo entre las partes (folio 4-14 cuaderno 1).

Requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario:

El Art. 8 de la Ley 171 de 1961, prevé que el trabajador que sin justa causa fuera despedido, después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de 10 años y menos de 15 años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos 60 años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido. Así mismo contempla que si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de 15 años de dichos servicios, la

pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los 50 años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Igualmente, si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión, pero solo cuando cumpla 60 años de edad.

Luego entonces, el Art. 8 de la Ley 171 de 1961, mencionó varios escenarios para acceder a la pensión: **el primero,** que el trabajador sea despedido, luego de haber laborado 10 años y menos de 15 continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la ley, si para entonces tiene cumplidos 60 años de edad o desde la fecha en que los cumpla, luego del despido**; el segundo,** si el despido del trabajador ocurre luego de 15 años de servicios, la pensión se reconoce una vez cumpla 50 años de edad, o desde la fecha del despido si los hubiera cumplido; y **tercero,** cuando el retiro del servicio del trabajador es voluntario, se reconoce una vez cumpla 60 años de edad, sin que en nada incidiera la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, para la causación de la prestación que se invoca.

En el presente asunto, se encuentra acreditado que el demandante laboró al servicio a ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA EN LIQUIDACION “ALCO LTDA”, desde el 17 de enero de 1978 al 30 de junio de 1980 y desde el 20 de agosto de 1980 hasta el 15 de mayo de 1993, para un total de 15 años, 2 meses y 9 días (folio 4-14 cuaderno 1), cumpliendo con el primer requisito, y dado que el contrato finalizó por mutuo consentimiento, conforme quedó plasmado en diligencia de conciliación realizada el 19 de mayo de 1993, ante el Ministerio de trabajo (folio 4), resulta claro la acreditación de la segunda exigencia.

Ahora cabe precisar que no tiene cabida el argumento expuesto por la pasiva, relacionado a que la terminación por mutuo acuerdo no se equipara a un retiro voluntario del trabajador, ya que esta última exigencia, implica únicamente la manifestación del trabajador en dar por terminado el vínculo, a diferencia de los otros dos escenarios, en los que la voluntad de éste no interfiere, pues solo media la decisión del empleador, luego resulta claro que esa determinación del demandante se vio plasmado en ese acuerdo conciliatorio, en el que señaló su querer de retirarse del servicio, el que fue aprobado por la pasiva.

El anterior criterio tiene su asidero en las sentencias SL-4578 de 2014 y SL-2054 de 2021, al indicar nuestro máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, lo siguiente:

> *“corresponde decir que tal argumento es a todas luces infundado, puesto que el supuesto de hecho que el citado precepto prevé es “el retiro voluntario”, el cual está relacionado con la finalización del vínculo por el*

querer del trabajador, en contraposición de la otra hipótesis también contenida en la misma norma, cual es el caso del despido sin justa causa que equivale a la decisión unilateral de la empresa, en contra de la voluntad del trabajador; por tanto, estima la Sala que la supuesta diferencia aludida por la empresa entre la «renuncia» y «el mutuo acuerdo» es vana, y no es más que una excusa de último momento para eludir el cumplimiento de su obligación una vez esta se hizo exigible, pues no pasa por alto esta Sala que, desde un principio, la empresa tuvo claro que el contrato de trabajo finalizó por voluntad del trabajador, y que junto con el requisito de tener más de 15 años de servicio, solo le quedaba a este esperar a cumplir los 60 años de edad para exigir la pensión."

Teniendo en cuenta lo anterior, el demandante cumple con la totalidad de los requisitos establecidos en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, en razón que acreditó el tiempo de servicio a ALCALIS DE COLOMBIA LTDA EN LIQUIDACION, por más de 15 años y se retiró de su labor de manera voluntaria.

Por lo tanto, el derecho pensional deberá ser reconocida al cumplimiento de los 60 años de edad, lo que ocurrió el 5 de abril de 2018, conforme copia de registro civil de nacimiento vista a folio 3 del plenario, advirtiendo que el cumplimiento de la edad establecido en el Art. 8 de la Ley 171 de 1961, no es un requisito para la causación del beneficio pensional, sino de disfrute del mismo, y así lo dejó sentado la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 997 de 2015 y SL 474 de 2022, por ende la norma aplicable es la vigente al momento del despido, que en el presente caso es la ley ya precitada, que mantuvo su vigencia en el sector público del Orden Nacional hasta el 31 de marzo de 1994 toda vez que a partir del 1° de abril de 1994 empezó a regir el SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL, y desde junio de 1995 para el sector oficial departamental y municipal.

Las consideraciones expuestas resultan suficientes para **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en este aspecto, ya que el demandante antes de que perdiera vigencia la Ley 171 de 1961, había acreditado los requisitos de tiempo de servicio y retiro del servicio, para la causación del derecho pensional invocado.

MONTO DE LA PRIMERA MESADA

Con respecto al ingreso base de liquidación de la pensión restringida de jubilación, el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 indica: *"la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del*

Trabajo y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios".

Sobre el tema, en principio la Sala Laboral de la CSJ, en la sentencia No. SL 5014 de 2019, ha indicado: "*El promedio salarial devengado en el último año de servicios, será el que aparece en la liquidación final de prestaciones sociales que se encuentra en el folio 4; debiéndose resaltar que no todos los conceptos allí especificados sirven de base para liquidar la pensión sanción, pues conforme lo previsto en el art. 1 de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 de ese mismo año, los que la integran son: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio (así viene adoctrinado por esta Corporación en varias sentencia, entre otras, CSJ SL2427-2016).*"

De suerte que para liquidar dicha prestación se debe acudir entonces a lo establecido por la Ley 6 de 1985, esto es, asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, descartándose otros factores.

Por lo tanto, al verificar la certificación que obra a folio 14 de la carpeta 1, los únicos factores que se deben incluir en la liquidación, al tener la connotación salarial seria la prima de antigüedad y horas extras que equivalen a $322.630, debiéndose excluir los restantes al no estar contemplados en la normativa citada, empero nótese como en este documento no se relaciona la asignación mensual, por lo que se recurrió a la liquidación final de prestaciones sociales obrante a folio 142 de la carpeta 5, en la que indicó que la remuneración en el último año de servicio, lo fue de $2.547.828, por lo que mensualmente percibió la suma de $212.319, que sumados a lo devengado por hora extras y prima de antigüedad arroja un total de $534.949, suma superior a la reseña por la mentada constancia y que fue adoptada por el Juez de conocimiento -$408.512-, por lo que modificar en este aspecto la sentencia, haría más gravosa la situación de la entidad a favor de quien se surte el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

FACTORES LEGALES Y CONVENCIONALES		
Horas Extras	$	4.577
Prima de Antigüedad	$	318.053
Auxilio de Escoralidad	$	67.334
Vacaciones 1	$	228.180
Prima de Vacaciones 1	$	403.502
Prima Legal Proporcion Periodo 1	$	30.907
Prima Extralegal Proporcion Periodo 1	$	50.112
Prima Legal Proporcion Periodo 2	$	160.825
Prima Extralegal Proporcion Periodo 2	$	200.450
Prima Legal Proporcion Final	$	194.067
Prima extralegal Proporcion Final	$	190.831

De acuerdo con lo anterior, la Sala debe proceder a liquidar la primera mesada de la prestación, acudiendo a la fórmula de la indexación que empezó a aplicar la alta Corporación del trabajo, en sentencia del 13 de diciembre de 2007 dentro del radicado No. 31222 y recientes pronunciamientos como la sentencia 45534 del 27 de abril de 2016, en donde el valor histórico corresponde al salario promedio del último año de servicio, en este caso, la cifra de **$408.512** ya mencionada. Ahora; el IPC final corresponde al de la última anualidad de la fecha de cumplimiento de la edad, en este caso, diciembre de 2017, que según las tablas certificadas por el DANE -*datos estadísticos que son hechos notorios*- es el valor de 96.92% y el IPC inicial corresponde al de la última anualidad previa a la fecha de retiro del trabajador, para este evento, diciembre de 1992, que corresponde al guarismo de 12.14%.

Al reemplazar los valores, tenemos que el salario actualizado asciende a la suma de $3.261.365[1] que al aplicarle la tasa de reemplazo del 56.97% por 5.469 días laborados, arroja el equivalente a la **primera mesada pensional actualizada, la suma de $1.857.999**[2], suma superior a la determinada por el A-quo, por lo que NO puede ser modificada la providencia, pues de ser así haría más gravosa la situación de la UGPP.

Sin embargo, se debe advertir que, la prestación se reconocerá teniendo en cuenta 14 mesadas anuales, dado que el derecho pensional se causó antes de la vigencia del Acto legislativo 01 de 2005.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Finalmente, respecto a la **excepción de prescripción** alegada por la entidad demandada, atendiendo lo normado en los artículos 151 del C.P.T. y S.S., en el

[1] VA= VH x IPC Final = $408.512 x 96.92% (Dic. 2017) = **$3.261.635**
IPC Inicial 12,14 (Dic. 1992)

[2] $3.261.635x56.97% = **$1.857.999**

entendido que los derechos no reclamados con posterioridad a los 3 años a partir de su exigibilidad quedarán sujetos a la cobertura de dicho fenómeno.

Para el caso en marras, se verifica que el actor causó su derecho el 15 de mayo de 1993, pero su disfrute solo lo fue hasta el 5 de abril de 2018, en tanto presentó reclamación administrativa ante la UGPP, el 4 de diciembre de 2017, siendo atendida por la entidad el 18 de enero de 2018, mientras que la demanda fue radicada el 11 de enero de 2019 (folio 20-24 cuaderno 1 y carpeta 2), lo que indica que no transcurrió el termino trienal dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y S.S., entre una y otra actuación.

Por lo anterior, en nada erró el juzgado de conocimiento en ordenar el retroactivo pensional desde el 5 de abril de 2018 hasta el 4 de abril de 2020, junto con las mesadas adicionales, pues a partir del 5 de abril de 2020, la UGPP solo debe asumir el mayor valor, ello con fundamento en el Decreto 2879 de 1985, donde se estableció la compartibilidad de las pensiones, reconocidas por el empleador con las otorgadas por el ISS
Lo anterior, como quiera que COLPENSIONES, le reconoció al actor la pensión de vejez, a partir de esta última calenda, en la suma de $925.742 –*RESOLUCIÓN SUB99445 de 2020 (carpeta 21)-.*

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el día 7 de junio de 2022, conforme se expuso.

SEGUNDO: **Sin Costas** en esta instancia.

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

Los magistrados,

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ

CON ACLARACIÓN DE VOTO

CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: 11001310500520190001101

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación No. 005-2019-00011-01

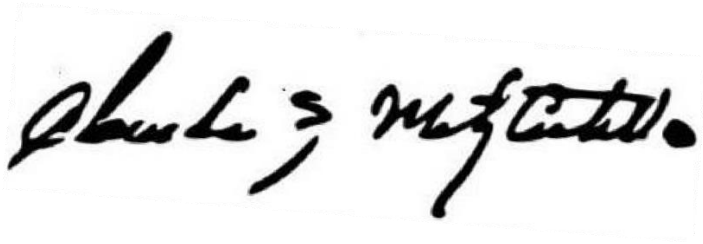
DEMANDANTE**:** **FLORENTINO OLAYA AHUMADA**
DEMANDADOS: **FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, LA NACIÓN-MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, UGPP Y COLPENSIONES.**
ASUNTO : **RECURSO APELACIÓN PARTE DEMANDADA (UGPP) Y CONSULTA A FAVOR DE LA MENCIONADA ENTIDAD**

Aunque comparto la decisión definitiva de la Sala como en este proceso se impuso condena al pago del retroactivo pensional, sin advertir nada respecto de los descuentos de aportes en salud, seguramente llevados por la postura jurisprudencial actual referida a que para ello la entidad no requiere autorización judicial porque a los pensionados les corresponde en su totalidad el aporte por salud, los descuentos que por ese concepto se hagan y la correspondiente transferencia de esos recursos por el pagador de la prestación a la EPS o entidad en que estén afiliados para esos efectos, opera por ministerio de la ley, sin que se exija pronunciamiento judicial expreso al respecto, pues así lo prescriben los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994 (CSJ SL4649-2018; CSJ SL2234-2019, CSJ SL3691-2020 y CSJ SL4537-2021).

Sin embargo, considero que al impartir la orden sobre el pago de los aportes a salud, igualmente se atiende el ordenamiento legal, y adicionalmente se concibe un aspecto fundamental, esto es que los destinatarios de la decisión puedan comprenderla en todas sus dimensiones. Así, el ciudadano a quien se dirige la sentencia judicial, debe conocer, con claridad, que sobre las sumas retroactivas materia de condena, se realizaran unos descuentos por aportes a salud, para no generarle expectativas superiores, pues la entidad que tiene a cargo el pago de

la mesada pensional debe efectuar las deducciones con esa finalidad, por ser un mandato ineludible del legislador.

Fecha ut supra



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

CON ACLARACION DE VOTO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 08-2021-00481-01

Bogotá D.C.; veintinueve (29) de septiembre de dos Mil Veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **SINDULFO ARISTOBULO QUIÑONES CASTILLO**
DEMANDADOS: **COLPENSIONES**
ASUNTO : **APELACION (Demandante)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación presentado por el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 08° Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado del demandante, presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 20 de febrero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **SINDULFO ARISTOBULO QUIÑONES CASTILLO**, instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fl. 1-5 carpeta 2 del expediente digital):

DECLARATIVAS:

1) **DECLARAR** la nulidad parcial de las Resoluciones SUB-15717 del 16 de agosto de 2017, GNR 32688 del 26 de enero de 2017 y SUB 285822 del 11 de diciembre de 2017 y DIR 23068 del 18 de diciembre de 2017.

CONDENATORIAS:

2) **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la reliquidación y el retroactivo de la pensión de vejez.

3) **CONDENAR** a la pasiva a pagar los intereses moratorios de conformidad con lo previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.
4) Costas procesales.

CONTESTACION DEMANDA

COLPENSIONES contestó demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones bajo el argumento que procedió a liquidar la prestación del actor, teniendo en cuenta para ello los salarios sobre los cuales cotizó durante toda la vida laboral, al resultarle más favorable, por lo que a su juicio no adeuda suma alguna al asegurado ni por concepto de reliquidación, ni de retroactivo pensional. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, no configuración de intereses moratorios, entre otras.

Mediante auto de fecha 25 de agosto de 2022, el Juzgado de origen admitió el escrito de contestación radicado por la entidad convocada a juicio (carpeta 16).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 08° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ,** profirió sentencia el 27 de septiembre de 2022, en el siguiente sentido:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante señor SINDULFO ARISTÓBULO QUIÑONEZ CASTILLO.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** la excepción de prescripción relevándose así el Despacho del estudio de las demás, teniendo en cuenta las resultas del proceso.*
>
> ***TERCERO:** Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante liquídense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de $1.000.000.*
>
> ***CUARTO:** En caso de no ser apelada, como quiera que la presente sentencia resultó adversa a las pretensiones del actor, se ordenará enviar el presente asunto al Tribunal Superior de Bogotá, D.C. – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA."*

RECURSO DE APELACION

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, enunciando: "*En cuanto a la prescripción y todo, mi poderdante según lo que se manifestó y lo que debe reposar en el archivo de Colpensiones mi poderdante si paso varios derechos de petición en el transcurso después del año 2012, los cuales fueron presentados en el barrio 20 de julio, en la 32 con trece, pero la entidad muchas veces ni*

siquiera le contesto e hizo caso omiso, por lo cual el proceso, después de que él fue pensionado en el 2012, el durante todos esos años estuvo haciendo diferentes derechos de petición y ahí fue cuando y por lo tanto este tiempo suspendía la prescripción, por otra parte, en cuanto al derecho de la retroactividad, pues mi poderdante si tenía, si considero a mi modesto criterio, que tiene todos los derechos pues como se dijo, él trabajo 1898 y se pensiono con 1300, por lo cual si se le deberían 598 semanas, es de anotar, que con el principio de retroactividad se discute que es un principio de retroactividad, y el debido proceso reconocido en la constitución política dado que lo que se pretende es retrotraer en sus efectos las sentencias y se fija, para estos casos laborales de que efectivamente si puede funcionar la retroactividad y se debe reliquidar toda vez que está consagrado en muchos principios de la constitución, está consagrado en la sentencias 5667 de 1999, y el principio de la retroactividad en la ley está consagrado en la ley en el artículo 34 de nuestra Constitución Política de Colombia, debe entenderse en el sentido de que las situaciones y relaciones jurídicas, se rigen conforme a las reglas vigentes al momento de constituirse esos vinculo, en virtud de la certeza que debe imperar en el ordenamiento, de modo que los administradores pueden saber que abstenerse en la relaciones en el poder público, esto significa que el estado no puede aplicar validadamente hacia el estado normas jurídicas posteriores para resolver situaciones acontecidas con anterioridad al dictado de dichas normas y más aún en la relaciones labores y más aún todavía en la pensiones, lo anterior fue constatado ambos sentidos, resulta que aunque en la práctica no se revoquen las autorizaciones vigentes si se tiene que tener en cuenta que ese principio de retroactividad para todos los efectos laborales, por eso solicito al inmediatamente superior se tenga en cuenta de que mi poderdante en cuanto a la retroactividad él siempre estuvo haciendo derechos de petición ante las entidades del estado por lo cual ahí no hubo prescripción y por otra parte el trabajo 1898 semanas por lo cual la diferencia son 598 semanas, es una gran cantidad de tiempo, entonces consideró que se debe revocar la sentencia de primera instancia y por consiguiente acoger las pretensiones de la demanda"

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES:

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1)** Sí es procedente el reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado desde el 23 de noviembre de 2011 hasta el 1 de junio de 2012.

ESTATUS DE PENSIONADO:

Sea lo primero señalar que no constituye objeto de controversia en esta instancia que la accionada le reconoció pensión de vejez al demandante mediante Resolución No 110591 del 14 de junio de 2012, en cuantía de $858.141, a partir del 1 de junio de 2012, con fundamento en el Decreto 758 de 1990 (fls. 26 a 28).

Así mismo está debidamente probado que por Acto Administrativo GNR 275673 del 28 de octubre de 2013, la entidad de seguridad social reliquidó la prestación del actor, en la suma de $887.760, efectiva a partir de 1 de junio de 2012.

RETROACTIVO PENSIONAL:

Solicita la parte actora el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 23 de noviembre de 2011, como quiera que desde dicha calenda ya había causado el derecho pensional, frente a lo cual el Juzgado de conocimiento se pronunció negando el mismo, como quiera que para la liquidación de la prestación, se tomó en cuenta hasta la última semana cotizada, aunado a que el mismo se encontraba prescrito.

Así las cosas, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión se reconocerá reunidos los requisitos mínimos, pero será necesaria la desafiliación del régimen para entrar a disfrutar de la misma, y que para la liquidación de la pensión debe tenerse en cuenta hasta la última semana cotizada.

Adicionalmente el art. 35 del mismo compendio normativo, previó lo siguiente:

> *(…)* ***Artículo 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ.*** *Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión (…).”*

De las citadas disposiciones normativas se desprenden dos momentos a saber, el primero relacionado con la *causación* de la prestación que, de acuerdo a la norma en comento, en concordancia con el Art. 12 ibídem, se produce en el momento en que el afiliado cumple la edad y la densidad de semanas necesaria para pensionarse, por otro lado, el *disfrute* de la pensión la cual se hace efectiva una vez se produzca la desafiliación del Sistema de Pensiones.

Ahora, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, ha expresado que en situaciones particulares es posible que la pensión sea pagada con antelación a la desafiliación formal; y ello ocurre, por ejemplo, cuando la conducta del afiliado denota su intención de no seguir cotizando al Sistema (CSJ SL, rad. 35605, 20 oct. 2009, SL5603-2016, SL 9036-2017 y SL900-2018), o en aquellos casos en

que se precisa seguir aportando por la renuencia de la administradora en reconocer la prestación solicitada en tiempo y con el lleno de los requisitos legales, evento en el que se ha estimado que debe reconocerse la prestación, desde que esto último ocurra. Sobre este aspecto, resulta útil recordar lo expuesto en la sentencia CSJ SL5603-2016 y SL126 de 2020, que al respecto esbozó:

> *"El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.*
> *Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.*
> *No obstante, lo anterior esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.*
> *Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).*
> *También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación)."*

Bajo ese contexto, considerando que el accionante solicitó la pensión de vejez el 20 de febrero de 2012, como se desprende de la Resolución n.º 110591 de 2012 (expediente administrativo), momento para el cual tenía a su haber cotizadas 1892,42 semanas y contaba con 60 años de edad, ya que nació el 23 de noviembre de 1951, fuerza concluir que desde entonces reunía los requisitos para acceder a la prestación reclamada y, pese a ello, el ISS procedió a su reconocimiento desde junio de 2012.

Adicionalmente se evidencia que la última cotización al sistema general de pensiones la realizó para el ciclo febrero de 2012, tal como se evidencia de la historia laboral que obra dentro del expediente administrativo.

Luego entonces, del material probatorio incorporado al plenario se puede concluir que si bien para el mes de febrero de 2012, no existía novedad de retiro por parte del empleador NASER LTDA, lo cierto es que las conductas reseñadas precedentemente, permiten tener certeza que la voluntad del afiliado-accionante, era adquirir el beneficio pensional una vez presentada la petición, además que para ese mes cesaron también las cotizaciones, sin que previo a dicha calenda existan conductas inequívocas que conlleven a concluir que el disfrute lo era desde el cumplimiento de la edad -23 de noviembre de 2011-.

En ese orden de ideas el señor SINDULFO ARISTOBULO QUIÑONES CASTILLO, tenía derecho al reconocimiento de las mesadas pensionales que se causaron entre el 20 de febrero y el 30 de mayo de 2012, esto es, en una suma equivalente $2.988.792, precisando que, frente a la cuantía de la mesada pensional otorgada al actor, no se dijo nada en la sustentación del recurso de apelación. Sin embargo, no hay lugar a emitir condena alguna, como quiera que la entidad convocada a juicio propuso la excepción de prescripción, la cual resulta prospera según se expone a continuación:

Los artículos 488, 489 del CST y 151 del CPTSS establecen un término de tres años para que el acreedor reclame, contados a partir del momento de exigibilidad de la obligación, e igualmente que este medio exceptivo se interrumpe por una única vez, con el simple reclamo del trabajador.

Frente a la interrupción de este fenómeno la Sala de Casación se ha pronunciado en la sentencia SL4554 de 2020, indicando: "*Naturalmente, quien aspira a que dicho fenómeno no se consolide, en los términos del artículo 489 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debe realizar un "simple reclamo escrito… recibido por el patrono acerca de un derecho debidamente determinado", cuya consecuencia jurídica es la de que "interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente". Las connotaciones de "simple reclamo" y de derecho "debidamente determinado" son inequívocas de la informalidad en la petición, máxime cuando quien la dirige es el trabajador, por lo que la exigencia de un lenguaje o conocimiento jurídico en punto a su aspiración no se corresponde con el interés normativo."*

Así las cosas, y tal como ya se precisó, la pensión fue solicitada el 20 de febrero de 2012, requerimiento que fue atendido por Resolución No 110591 del 14 de junio de 2012. Así mismo está probado que el día 24 de julio de 2017, el demandante peticionó la reliquidación del beneficio pensional, siendo denegado por Acto Administrativo SUB N°157417 del 16 de agosto de 2017, inconforme con la decisión adoptada por la entidad de seguridad social, procedió a interponer los recursos de reposición y apelación, con fundamentos en los siguientes argumentos: "*SE ME RECONOCIO UNA PENSION DE VEJEZ POR UNA CUANTIA INICIALMENTE DE 858.14 1(sic) DICHA LIQUDACION A MI MODESTO CRITERIO ESTUVO MAL LIQUIDADA TODA VEZ QUE MI SALARIO BASICO PARA ESA FECHA ERA LA SUMA DE $1.200.000, ESTA LIQUIDACION SE HIZO MUY POR DE BAJO DE LO REAL ES POR ELLO QUE DEBEN INCLUIRSE TODOS LOS FACTORES SALARIALES COMO LAS HORAS EXTRAS Y RECARGOS NOCTURNOS QUE NO SE TUVIERON EN CUENTA PARA LA LIQUIDACION DE MI PENSION. ESTO TIENE SUS BASES A QUE ME ENCUENTRO INMERSO EN EL REGIMEN DE TRANSICION DE LA LEY 100 DE 1993 Y SUS DECRETOS REGLAMENTARIOS (…) ES POR ELLO QUE EL HONORABLE DE TAL SUERTE PIDO SE REVOQUE PARCIAMENTE LA RESOLUCION PRIMIGENIA No. 110591 DEL 14 DE JUNIO DEL 2012 Y SE REVOQUE TOTALMENTE LA RESOLUCION SUB 157417 DEL 16 DE AGOSTO DEL 2017 Y SE EXPIDA UN NUEVO ACTO ADMINISTRATIVO RECONOCIENDOME LA RELIQUIDACION DE LA PENSION A PARTIR DE QUE FUT (sic) PENSIONADO. (sic) AS! Ì.4ISNIO (sic)* ***RECLAMO EL RETROACTIVO AL QUE TENGO DERECHO APARTIR DEL 23 DE NOVIEMBRE DEL 2011 HASTA EL 1 DE JUNIO DEL 2012, OSEA 8 MESES APROXIMADOS QUE NO SE ME PAGO Y ME DEBE COLPENSIONES ESTIMADO EN UNA CUANTIA DE 10 MILLONES DE PESOS, ESTO BASADO EN EL CODIGO LABORAL, YA QUE EL DERECHO PENSIONAL ES INPRESCRIPTIBLE***

(sic) POR SER TRACTO SUCESIVO MIENTRAS QUE LAS MESADASPENSIONALES SI PRESCRIBEN, PERO SE RECONOCEN CON RETROACTIVLDAD (sic) DE TRES AÑOS"

El recurso de reposición fue resuelto por medio de la Resolución SUB 285822 del 11 de diciembre de 2017, mientras que el de apelación fue atendido por Acto Administrativo DIR23068 del 18 de diciembre de 2017, notificado el 20 de diciembre de esa misma anualidad (expediente administrativo) denegándose el retroactivo pensional, al no existir novedad de retiro del sistema, mientras que la demanda fue radicada el 15 de octubre de 2021 (carpeta 1), resultando claro que entre la fecha en que se interrumpió la prescripción -*20 de diciembre de 2017*- y la data en que se radicó la acción ordinaria -15 de octubre de 2021-, transcurrieron más de tres años, configurándose el medio exceptivo en mención.

Los argumentos expuestos resultan suficientes para CONFIRMAR, pero por las razones aquí enunciadas, la sentencia de primera instancia.

COSTAS: Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR POR LAS RAZONES AQUÍ EXPUESTAS, la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

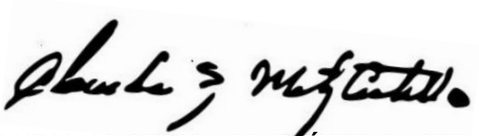
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

Queda notificada en estrados la presente decisión.

Los magistrados,

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
PONENTE

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: 11001310500820210048101

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 011-2017-00017-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **AURA STELLA CRIOLLA RUIZ**
DEMANDADO: **AFP PROTECCION S.A., SEGUROS BOLIVAR S.A. Y LIGIA ORTIZ GARCIA.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de apelación concedido a favor de la parte demandada AFP PROTECCIÓN S.A y SEGUROS BOLIVAR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la LIGIA ORTIZ GARCIA, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 11º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 05 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La señora LIGIA ORTIZ GARCIA, quien fue llamada al contradictorio como interviniente ad-excludendum presentó alegaciones, conforme a lo ordenado en auto del 2 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora AURA STELLA CRIOLLA RUIZ**,** instauró demanda ordinaria laboral en contra de AFP PROTECCIÓN, COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A y LIGIA ORTIZ GARCÍA, debidamente sustentada como aparece de folios 5-11 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

1. **DECLARAR** que tiene derecho el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor NARCISO PUENTES MOLINA, quien se encontraba afiliado a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A y cuyo pagador es la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.
2. **DECLARAR** que la señora LIGIA ORTIZ GARCIA no convivió con el pensionado fallecido, durante los últimos 17 años anteriores al deceso.
3. **DECLARAR** que la señora LIGIA ORTIZ GARCÍA no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la cuota pensional con ocasión del fallecimiento del pensionado NARCISO PUENTES MOLINA

PRETENSIONES CONDENATORIAS:

1. **CONDENAR** a las entidades convocadas a juicio a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 9 de julio de 2016, fecha en que falleció su compañero permanente**.**
2. **CONDENAR** a la entidad demandada, al pago del retroactivo pensional debidamente indexado.
3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó demanda: PROTECCIÓN S.A., indicando que no se oponía, ni se allanaba a la prosperidad de las pretensiones, siempre que la demandante acredite el tiempo de convivencia mínima con el pensionado, para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente que reclama. Propuso las excepciones de imposibilidad de reconocer la pensión por falta de competencia, buena fe, prescripción y genérica (folio 97-108).

Por su parte la compañía de Seguros Bolívar S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que, para la fecha de fallecimiento del pensionado, si bien convivía con la accionante, lo cierto es que tenía una unión matrimonial con la señora LIGIA ORTIZ GARCÍA, la cual no se encontraba disuelta y liquidada, por lo que a su juicio la pensión debía ser paga en porcentajes iguales a favor de quienes alegaban la calidad de beneficiarias.

Entre tanto la señora LIGIA ORTIZ GARCÍA, quien presentó sus argumentos de defensa por medio de curador, se opuso a la prosperidad de las súplicas, con fundamento en que, para la fecha del deceso del pensionado, ostentaba la calidad de cónyuge, con sociedad conyugal vigente (folio 244).

El Juzgado de conocimiento mediante auto de fecha 04 de abril de 2019, admitió los escritos de contestación presentados por las demandadas (folio 253), mientras que, por proveído del 02 de noviembre de 2019, declaró la nulidad de lo actuado respecto de la señora LIGIA ORTIZ GARCÍA, otorgándole el término de 10 días, para que constituyera apoderado judicial y presentara demanda como interviene excluyente (folio 280). Sin embargo, no atendió dicho requerimiento.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 11° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ,** profirió sentencia el 05 de agosto de 2022, en el siguiente sentido:

> *"**PRIMERO. - DECLARAR** a la ciudadana **Aura Stella Criollo Ruiz** como única beneficiaria de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del pensionado **Narciso Puentes Molina** de conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*
> ***SEGUNDO. – CONDENAR** a la **AFP Protección S.A.** y a **Compañía de Seguros de vida Bolívar S.A.** a reconocer y pagar en favor de la ciudadana **Aura Stella Criollo Ruiz** la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente dejando claro que la entidad que debe realizar el pago y reconocimiento pensional es **Compañía de Seguros de Vida Bolívar S.A.** con ocasión a la póliza de seguros, la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente **Narciso puentes Molina** reconocimiento que se deberá realizar a partir del 09 de Julio del año 2016, una cuantía igual al 100% de la mesada pensional que venía percibiendo al momento del deceso y en adelante con los respectivos reajustes legales junto con el retroactivo de dicha calenda, hasta que se produzca la efectiva inclusión en nómina, retroactivo que se deberá cancelar de manera indexada autorizando expresamente a dicha entidad pagadora (**compañía de seguros de vida Bolívar**) a realizar los descuentos de ley al sistema general de seguridad social en salud, de conformidad con lo expuestos en la parte motiva del presente proveído.*
> ***TERCERO. – DECLARAR** no probados las excepciones planteadas por la pasiva.*
> ***CUARTO. – CONDENAR** en costas a las demandadas liquídense por secretaria inclúyanse en ellas como agencias en derecho la suma un millón de pesos **($1.000.000)** a razón de quinientos mil pesos mcte (**$500.000)** por cada una.*
> ***QUINTO. - CONSULTAR** esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en favor de la interviniente **Ligia Ortiz García**, en el evento de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia."*

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDA

La **parte demandada PROTECCIÓN S.A.,** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, indicando: "*gracias su señoría, dentro del término legal me permito presentar **RECURSO DE APELACIÓN,** en cuanto a que se haya determinado que el reconocimiento debe ser a cargo de protección, a pesar de que*

se hizo la aclaración de que los pagos los harían seguros Bolívar, toda vez que la AFP Protección ya no tiene nada que ver con el pago de las mesadas pensionales y la única responsable en este momento para determinar el reconocimiento y la pensión, pues es la aseguradora Seguros Bolívar. En cuanto a la condena en costas, solicitó amablemente a los honorables magistrados, se sirvan estudiar esta condena, toda vez que la AFP Protección no se opuso, ni se allano frente a la determinación del beneficiario que se llegara pues a concretar en primera instancia, toda vez que pues necesitábamos recurrir a la justicia ordinaria para determinar dicho beneficiario y que si bien en este momento, la AFP Protección es un tercero, ya que pues los pagos los venía realizando ya como tal Seguros Bolívar, no es viable condenar a AFP Protección a la condena en costas, cuando la entidad no es quien la que debe reconocer la pensión, pues no tiene como tal en su cabeza las mesadas pensionales que se estaban reconociendo al señor Narciso. De igual manera se debe tener en cuenta que dicho reconocimiento y las solicitudes se presentaron fue ante la aseguradora Bolívar, quien determino la determinación en su momento al (0:50:25) reconocimiento pensional y fue quien realizo la investigación administrativa, por ende, pues Protección no tuvo nada que ver en este trámite, por lo cual tampoco debería ser condenada en costas en el proceso que nos ocupa. Con esto dejo sentado mi recurso de apelación, muchas gracias"

Entre tanto la COMPAÑÍA SEGUROS BOLIVAR S.A., señaló: "*gracias señor juez, con todo respeto de las decisiones de su despacho, me permito presentar el* ***RECURSO DE APELACIÓN,*** *en los siguientes términos: si bien es cierto el señor juez declaró que la señora Aura Criollo era beneficiaria de la pensión de sobrevivencia que se causó por el fallecimiento del señor Narciso Puentes, también lo es que condenó a la compañía de Seguros Bolívar a pagar el 100% de la mesada pensional a la señora Aura Criollo, a partir del 9 de julio del 2016, con el respectivo pago de sus retroactivos pensionales debidamente indexados. Contra esta decisión la apoderada no se encuentra de acuerdo, toda vez que si bien es cierto la pensión se paga de manera anual, la misma tiene dentro de su pago el incremento del IPC que se hace año por año, esto es si le vamos a incrementar el valor del IPC a las mesadas pensionales y además de ello las vamos a indexar, estaríamos causando un detrimento patrimonial, toda vez que como se ha reiterado, no, la indexación de las mesadas pensionales y el aumento del IPC anual no es viable para el pago de la misma mesada pensional, aunado a ellos señor juez; la indexación de estas mesadas tampoco procede toda vez que las mismas se suspendieron en virtud a que hubo un conflicto de beneficiarios y las mismas en el caso de que se confirme la presencia de sentencia por el honorable Tribunal, serán canceladas las mesadas con el aumento IPC inicial y al pagar el retroactivo también indexado, entonces estaríamos haciendo como una especie de anatocismo. Téngase en cuenta señor juez también que la presente sentencia se apela en cuanto la condena en costas, toda vez que mi representada acudió a este proceso, no porque se haya negado la pensión de una manera caprichosa, sino en virtual al conflicto de beneficiarias que hubo por parte de la señora Aura Criollo y la señora Ligia Ortiz, en virtud de ello señor juez, es que les solicito muy respetuosamente a los honorables magistrados, verifiquen en los valores aquí condenados, las indexaciones, las órdenes de indexación y de pago de retroactivo, para verificar que no cabe el retroactivo indexado, así*

como si se le hace el incremento anual a las pensiones. En virtud a ello dejo presentado mi recurso de apelación, gracias señor juez."

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si la señora LIGIA ORTIZ GARCÍA, demostró los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge del pensionado fallecido 2. En caso afirmativo se habrá de establecer el porcentaje a favor de esta beneficiaria, y la entidad encargada del pago. 3. Si procede o no el pago de costas procesales, durante el trámite de la primera instancia.

Para resolver este asunto, conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia con radicado No. SL16322-2014, radicación No. 43184 del veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014) y 69788 de 2021. *"La pensión de sobrevivientes es una prestación autónoma, con estructura propia, cuya causa reside en la muerte de una afiliado o pensionado, y ampara los riesgos de orfandad y viudedad, y en consecuencia, sus titulares son la cónyuge o compañera permanente, y los causahabientes, eso sí, con la condición de reunir los requisitos señalados en la Ley."* Y que, por regla general, *"la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente a la fecha de la muerte del causante, en virtud de la aplicación inmediata de la ley laboral."*

En este asunto no se encuentra en controversia que, el señor NARCISO PUENTES MOLINA**,** a quien la COMPAÑÍA SEGUROS BOLIVAR S.A., le reconoció una pensión de invalidez, en la modalidad de renta vitalicia, en cuantía de $566.700 a partir del 15 de mayo de 2012 (folio 52-58), falleció el 09 de julio de 2016 (folio 51-116 expediente digital), así como tampoco que desde la investigación administrativa se deterrminó como beneficiaria a la hoy demandante, sin que haya concurrido ninguna otra persona a reclamar el derecho, de ahí que no exista una real disputa entre beneficiarios, por lo que la norma para definir sobre los beneficiarios de la prestación que se reclama, es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y en lo que interesa al caso, establece que:

> "*En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanentes supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte (…).*

> *Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

Así las cosas, nótese como de la norma transcrita es dable concluir con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se genere como consecuencia de la muerte de un pensionado.

Ahora, debe tenerse en cuenta que, a partir de la sentencia SL, 24 en. 2012, rad. 41637, la Sala de Casación Laboral planteó que el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de hecho o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo. El anterior criterio se reivindicó en las sentencias SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017, SL6519-2017. SL 1399 de 2018, entre otras.

Por otra parte, sobre el estado civil de una persona, el artículo 1° del Decreto 1260 de 1970, lo define como "*su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley»* y su prueba, se plasma en un documento de inscripción que, a la luz del artículo 103 del mismo precepto jurídico, goza de presunción de autenticidad y pureza.

Sobre la forma en que se puede probar el estado civil de las personas, vale la pena traer a colación la providencia CSJ SL 8 de mar. 2004, rad. 21501, reiterada en la CSJ SL 24 jun, 2004, rad. 21556 y SL 2469 de 2021:

> "*(...), ante la ausencia de normas que regulen los medios probatorios del estado civil de las personas en el procedimiento laboral, el artículo 145 del C.P.L. nos remite, en primer lugar, al artículo 212 del C.S.T, por extensión analógica.*
>
> *Dicho artículo 212 regula la prueba que se ha de presentar al patrono por quienes invoquen la calidad de beneficiarios, -la que envuelve condiciones relativas al estado civil- para constituirse en acreedores de la obligación laboral, -no en relación con el deudor, ni ante el juez, como es el caso bajo examen- y dispone que aquellas se probaran con "...las copias de las partidas eclesiásticas, o de registros civiles, o de las pruebas supletorias, que admita la ley, más una información sumaria de testigos ...".*
>
> *Las pruebas supletorias previstas en el artículo 105 del decreto ley 1260 de 1970, al que nos hemos de remitir por ser la normatividad vigente para el momento de la ocurrencia de los hechos que se procuran demostrar, son las actas o los folios reconstruidos o el folio resultante de la nueva inscripción.*

Las pruebas supletorias a las que se refería la ley vigente en el momento en que se expidió el Código Sustantivo del trabajo, el artículo 395 del Código Civil y el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, podrían obrar hoy sólo ante los funcionarios competentes del registro civil, para efectos de reconstruir el registro o abrir uno nuevo.

Para todos los demás funcionarios es perentoria la norma del Decreto 1260 de 1970 que dispone:
[...]

(…) Finalmente, el decreto 1260 de 1970 expresa en su artículo 105 que "Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, se probaran con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos" (Se subraya).

"Es claro, entonces, que los hechos y actos constitutivos o declarativos del estado civil anteriores a la vigencia de la Ley 92 de 1938, o acaecidos dentro de la vigencia de ésta y antes de la vigencia del artículo 105 del Decreto 1260 de 1970 (el 5 de agosto de este año, fecha en que fue publicado oficialmente), o que ocurran a partir de este momento, pueden acreditarse, según el caso, así: los primeros, mediante la copia de las actas eclesiásticas correspondientes, como prueba principal; los segundos, mediante la copia de registro del estado civil como prueba principal y, como prueba supletoria, entre otras, con la copia de las actas eclesiásticas correspondientes; ***y los últimos, únicamente, mediante la copia del registro del estado civil pertinente. (negrilla y subrayado fuera del texto).***

Adicionalmente, el Estatuto del Registro del Estado Civil, en su artículo 89, señaló que «*las inscripciones del estado civil, una vez autorizadas, solamente podrán ser alteradas en virtud de decisión judicial en firme, o por disposición de los interesados, en los casos del modo y con las formalidades establecidas en este Decreto»*

Luego entonces, realizadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, se tiene que la señora LIGIA ORTIZ GARCÍA, no probó la calidad de cónyuge, ya que no allegó el registro civil de matrimonio, ni la partida eclesiástica, documento que resultaba necesario para establecer si el mismo se encontraba vigente para el momento del deceso del pensionado y así otorgarle la prerrogativa que esa convivencia de cinco años fuera en cualquier tiempo.

Ahora si bien la compañía SEGUROS BOLIVAR S.A., en la investigación administrativa determinó que la señora LIGIA ORTIZ se encontraba casada con el pensionado, al señalar: "*Las diligencias adelantadas permiten inferir que la señora AURA ESTHELA CRIOLLO RUIS era la Compañera permanente del señor afiliado NARCIZO PUENTES MOLINA para la fecha de los hechos y desde hace aproximadamente 15 años, quienes estaban viviendo juntos desde el mes de marzo de 2001 y así hasta el 9 de julio de 2016 cuando él murió, sin que exista*

hijo de esta unión marital de hecho. Sin embargo, las diligencias también permiten establecer que el señor afiliado se encontraba casado por la Iglesia Católica en la Parroquia Bosa la Despensa de Bogotá D.C., con su primer (sic) esposa, la señora LIGIA ORTIZ." De igual manera, del escrito inicial y del interrogatorio de parte absuelto por LIGIA ORTIZ, se afirmó sobre el vínculo matrimonial, lo cierto es, que estas manifestaciones no alcanzan a acreditar la calidad de cónyuge de la interviniente, para el momento en que falleció el señor PUENTES MOLINA, habida consideración que tal como se expresó, el estado civil de las personas se demuestra por medio del registro civil correspondiente y no a través de declaraciones o manifestaciones.

Aunado a lo anterior, la señora Ortiz García, tampoco acreditó convivencia con el pensionado, ya que la contestación al escrito inicial, la presentó por intermedio de curador, máxime si se tiene que el Juzgado de conocimiento le otorgó la oportunidad para que presentara la demanda, al vincularla como interviniente ad-excludendum, y así invocar las pretensiones o suplicas a su favor y aportara la pruebas, sin embargo, no atendió dicho requerimiento, pese a que intervino en las audiencias previstas en el artículo 77 y 80 del C.P.T y S.S.

En este orden, concluye la Sala que la interviniente ad-excludendum, no es beneficiaria de la sustitución pensional, ya que además de no haber probado la calidad de cónyuge, para la calenda en que el pensionado falleció, tampoco el tiempo mínimo de convivencia, por lo que en este aspecto se tendrá que CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

Ahora, frente a la condena relacionada con el reconocimiento de la prestación a favor de la señora AURA STELLA CRIOLLO RUIZ, se advierte que este tema no fue objeto del recurso de alzada, por lo que no se hará pronunciamiento al respecto, no así frente a la entidad pagadora, para lo cual se debe precisar que como quiera que se trata de una sustitución pensional, esta debe ser reconocida en las mismas condiciones a favor de los beneficiarios y así lo ha manifestado nuestro máximo órgano de cierre en la sentencia SL5141 de 2019, al expresar:

> *"Al respecto, en reiteradas ocasiones esta Corte ha señalado que la prestación de sobrevivientes, a causa de una sustitución pensional, no es un derecho originario sino derivado de uno previamente causado y, por tanto, su transmisión es procedente en favor de los beneficiarios en las mismas condiciones que venía siendo concedido, claro está previo cumplimiento de los restantes requisitos establecidos por la ley. "*

De igual forma, la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 3942 de 2021, expuso:

> *"Ahora, en las pensiones de sobrevivientes ello depende de que se trate de la muerte de un pensionado o de un afiliado –artículo 77 de la Ley 100 de 1993-, pues en el primer caso se presupone que la prestación está financiada y se continúa pagando con los recursos que se previeron inicialmente para la de vejez o invalidez, y el monto de la prestación depende de la modalidad que el causante eligió para percibir la prestación -artículos 77 y 80 ibidem."*

De esta forma, como quiera que el pensionado venia percibiendo la pensión de invalidez, bajo la modalidad de renta vitalicia consistente en que afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la asegurada de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes por el tiempo a que ellos tengan derecho, es la compañía SEGUROS BOLIVAR, que debe continuar con el pago de la prestación a favor de la demandante, tal como lo preciso y aclaró el juez en la sentencia (folio 116).

A lo que se adiciona que, en esta modalidad de pensión, la función que cumple la administradora a la luz de lo regulado el artículo 80 de la Ley 100 de 1993, es efectuar a nombre del pensionado, los trámites o reclamaciones que se requieren ante la respectiva aseguradora.

En este orden, se considera que no erró el Juzgado de conocimiento en condenar a SEGUROS BOLIVAR S.A., a pagar a favor de la demandante la pensión de sobrevivientes, precisando que los trámites para su reconocimiento ante la precitada aseguradora le corresponden a la AFP PROTECCIÓN S.A.

INDEXACION DEL RETROACTIVO PENSIONAL

En este asunto se tiene que el Juez de Primera instancia, condenó a Seguros Bolívar a pagar a favor de la señora AURA STELLA CRIOLLA RUIZ, la pensión de sobrevivientes desde el 09 de Julio del año 2016, enunciando que el retroactivo generado de esta calenda hasta la inclusión en nómina, debía ser indexado, aunado a que la mesada pensional debía ser reajustada anualmente; empero SEGUROS BOLIVAR S.A., al sustentar el recurso de alzada expresó que tanto el reajuste como la indexación, conllevaban a una doble condena para la entidad.

A efectos de dar solución a este cuestionamiento, se debe indicar que, en las sentencias CSJ SL2692-2020, CSJ SL2935-2020 y CSJ SL3106-2020, la Sala de Casación Laboral, enunció que sin importar el régimen pensional en el cual esté vinculado el pensionado, su mesada debe incrementarse anualmente de conformidad con el índice de precios al consumidor o al aumento del salario mínimo, según sea el caso, tal como lo establece el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en armonía con los preceptos 48 y 53 de la Constitución Política y la adición que realizó

el inciso 2.º del artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, en el sentido que «por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho»

Ahora en la sentencia T-255 de 2013, la Corte Constitucional manifestó la diferencia entre la indexación y el reajuste de la mesada pensional, así: "*La diferencia consiste en que la indexación busca atacar los efectos de la inflación y permitir que el valor de la pensión en el momento en que se adquirió con relación al momento en que se reconoce, efectivamente tenga la misma capacidad adquisitiva; mientras que el reajuste es determinado por la ley para incrementar o aumentar el valor o precio de la mesada por razones distintas a la inflación, como es la de presentar diferencias con los aumentos del salario mínimo legal mensual vigente.*

En esa medida como quiera que la pensión que venía reconociendo la entidad aseguradora a favor del señor NARCISO PUENTES (q.e.p.d), era equivalente al salario mínimo, ahora deberá ser reajustada o incrementada anualmente a favor de su beneficiaria, en el porcentaje en que aumente éste, pues en caso contrario, cada año iría disminuyendo frente al aumento del salario mínimo, lo que estaría en contravía de los preceptos constitucionales y legales, relacionados a que ninguna mesada pensional podrá ser inferior a la remuneración mínima legal; figura muy distinta es que ese retroactivo que se viene generando desde 09 de julio de 2016 –*fecha del deceso del pensionado*- deba ser indexado, porque ha perdido su valor adquisitivo, ya que la cuantía para el momento en que adquirió la prestación, con relación al momento en que se reconoce, lo es el mismo*;* por lo que es claro que no se trata de una doble condena, al ser figuras totalmente diferentes, razón para confirmar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

COSTAS PROCESALES DE PRIMERA INSTANCIA

Para resolver el recurso bajo estudio, debe esta Sala de decisión obligatoriamente traer a colación lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del CGP aplicable a la especialidad por disposición expresa del artículo 145 del CGPSS, el cual dispone que:

> *ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*
>
> *1.* ***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. (…) (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

De lo anterior, es claro que la norma dispone la imposición de las costas, bajo criterios meramente objetivos, teniendo como único requisito que la parte sea vencida en el proceso.

Dicha situación ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL4593-2020 que reiteró el pronunciamiento realizado en la SL del 13 de septiembre de 2011 bajo el radicado 38216, la cual indicó que:

"Así las cosas, se entiende que la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir, en tanto la contraparte, al interponer el recurso de casación, lo obliga a seguir atendiendo el proceso y a realizar nuevas erogaciones.

Los anteriores razonamientos muestran el carácter objetivo de la imposición de agencias en derecho, a diferencia del carácter subjetivo que envuelve el análisis de la temeridad en la acción, que la jurisprudencia ha descrito como:

"…la actitud de quien demanda o ejerce el derecho de contradicción a sabiendas de que carece de razones para hacerlo, o asume actitudes dilatorias con el fin de entorpecer el desarrollo ordenado y ágil del proceso".

En estas circunstancias, la actuación temeraria ha sido calificada por la Corte como aquella que supone una "actitud torticera", que "delata un propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa", que expresa un abuso del derecho porque "deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción", o, finalmente, constituye "un asalto inescrupuloso a la buena fe de los administradores de justicia"1.

De conformidad con los criterios esbozados anteriormente, resulta evidente que, no hay lugar para este tipo de análisis al estimar las agencias en derecho."

Con lo anterior, es claro que la imposición de las costas en la sentencia, no puede ser derrocada al exponer factores subjetivos de la parte a la cual se le impone la obligación, pues el mandato de dicho gravamen, busca devolver a la parte victoriosa los gastos y erogaciones que hizo para la atención del proceso y gestionar su defensa judicial.

Luego como quiera que la parte demandada –PROTECCION S.A. y SEGUROS BOLIVAR S.A.- resulto vencida, era viable la condena impuesta por el A-quo, sin atender a factores subjetivos.

COSTAS.

[1] Corte Constitucional T-009-00

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, el día 05 de agosto de 2022, conforme se expuso.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

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

Los magistrados,

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ**

PONENTE

CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: 11001310501120170001701

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 24-2019-00581-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **RODOLFO ACOSTA HERRERA**
DEMANDADO: **DRUMMOND LTDA**
ASUNTO: **APELACIÓN DEMANDANTE Y DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación concedido a favor del demandante y demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 24º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 28 de marzo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandada presentó alegatos, según lo ordenado en auto del 17 de mayo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor RODOLFO ACOSTA HERRERA**,** instauró demanda ordinaria laboral contra la compañía DRUMMOND LTD**,** debidamente sustentada con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo.
2. Declarar que la terminación de la relación laboral realizada por la empresa demandada el 15 de septiembre de 2014 es ineficaz.
3. Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a la demandada DRUMMON LTD a reintegrar materialmente al demandante a su puesto de

trabajo, en condiciones dignas y de acuerdo a la limitación física que posea en un cargo de igual o mejor categoría.

4. Condenar a la demandada a pagar los salarios al actor, o que se hayan causado desde el 15 de septiembre de 2014 hasta cuando se produzca el reintegro material del actor a su puesto de trabajo.
5. Condenar a la demandada a pagar las prestaciones que se hayan causado desde el 15 de septiembre de 2014 hasta cuando se produzca el reintegro del demandante a su puesto de trabajo.
6. Condenar a la demandada a pagar la indemnización sancionatoria que establece la Ley 361 de 1997.
7. Condenar a la demandada, a pagar los aportes para el sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales desde el 15 de septiembre de 2014 hasta cuando se produzca el reintegro material del actor a su puesto de trabajo.
8. Condenar a la demandada a reembolsar al demandante la parte del salario convencional deducido de manera ilegal por esta empresa, desde el 1 de enero de 2004, hasta el 14 de septiembre de 2014.
9. Condenar a la demandada, a pagar los intereses moratorios sobre los salarios deducidos de forma ilegal por la demandada, desde el 1 de enero de 2004 hasta el 14 de septiembre de 2014.
10. Subsidiariamente solicita se condene a la demandada a reconocer y pagar la indemnización por despido injusto.
11. Costas procesales.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda conforme el auto del 12 de enero de 2018, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que el accionante no era beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada, ya que para el momento en que ocurrió el despido, no se encontraba discapacitado, ni incapacitad. Así mismo, que los descuentos realizados fueron los legalmente permitidos. Propuso las excepciones de pago, cumplimiento y buena fe.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 24° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia de 28 de marzo de 2022, dispuso:

> ***"PRIMERO: CONDENAR,*** *a la demandada* ***DRUMMOND LTD*** *a reconocer y pagar a favor del demandante señor RODOLFO EMILIO ACOSTA HERRERA una suma igual a $2.047.619 debidamente indexada, por*

concepto de diferencias salariales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

***SEGUNDO: ABSOLVER** a la demandada DRUMMOND LTD de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte del señor RODOLFO EMILIO ACOSTA HERRERA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.*

***TERCERO: DECLARAR** probados los hechos sustento de las excepciones de "COBRO DE LO NO DEBIDO POR INEXITSENCIA DE LA CAUSA Y DE LA OBLIGACION" y probada parcialmente la de "PRESCRIPCIÓN" declarándose relevado el Despacho del estudio de los demás medios exceptivos.*

***CUARTO: Sin condena en costas**."*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la determinación adoptada por el A-quo, la **parte demandante** presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

1. **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA**: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para ensu lugar se acceda a la pretensión de reintegrar al demandante al mismo cargo o uno de superior categoria, teniendo en cuenta que, tal y como lo afirmó el juzgado de primer grado, se acreditó la estabilidad laboral reforzada del demandante. Ahora, si bien el Juzgado admitió una justa causa para dar por terminada la relación laboral, a pesar que el actor gozaba de estabilidad laboral reforzada, y pese a traer a colación una sentencia, señala que la misma es posterior a la terminación del vínculo laboral, por lo que no puede ser aplicada al caso bajo estudio.

   Manifiesta que, si bien el artículo 62 del CST establecen justas causas para dar por terminado el contrato, lo cierto es que, para dar por terminado el contrato de trabajo no tiene aplicación en cuanto al derecho esencial de la estabilidad laboral reforzada, como quiera que éste protege el derecho de las personas con discapacidad que se encuentran en estado de debilidad manifiesta. Luego, la justa causa que alude el Juzgado, no tienen aplicación en el presente caso, pues esa justa causa viola el principio de estabilidad laboral reforzada, en virtud no solo de la legislacion Colombiana, sino de los tratados internacionales ratifcados por Colombia.

   Por otro lado, indica que la pensión de invalidez es una pensión reconocida al demandante de manera transitoria, lo que quiere decir que esa pensión puede ser quitada al trabajador en cualquier momento,

teniendo en cuenta que la pensión se revisa cada 3 años, solicita se aplique el principio de favorabilidad establecida en el Art. 53 de la C.P.

2. **PRESCRIPCIÓN DEL REEMBOLSO SALARIOS DEDUCIDOS ILEGALMENTE**: Por otro lado, señala que se cometió un error al aplicar la excepción de prescripción sobre los salarios que eran objeto de reembolso, teniendo en cuenta el artículo 142 del CST, aunado al hecho que la radicación de la demanda interrumpió el término de prescripción. Incluso el mismo CST establece que hay unos derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, y en ese sentido, las prestaciones sociales y en especial el salario, es irrenunciable, por lo que no puede establecerse que hubo prescripción respecto de los salarios deducidos ilegalmente por la demandada, pese a haber orden escrita por parte del trabajador, lo cierto es que se descontó mas del 50%.
   Y es que por otro lado, no debe olvidarse que la deducción del salario, no solamente protege el SMLMV, sino el convencional, razón por la cual debió realizarse las operaciones conforme el salario convencional.

Por otro lado, la **parte demandada** presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

1. **REEMBOLSO DEDUCCIÓN DE SALARIO**: Señala que se llegó a la conclusión que en el caso del demandante debía realizar unos pagos, en relación con los meses indicados en la parte considerativa de la sentencia, sin embargo, la sentencia SL868 de 2020 manifiesta que estos descuentos son legítimos, siempre y cuando no afecten el mínimo vital del trabajador, y en este caso, como se logró acreditar, el señor Rodolfo Acosta gozaba de una pensión de invalidez y recibía una suma de dinero, lo cual descarta que se le haya afectado ese mínimo vital.
   En segundo lugar, los descuentos aplicados no fueron ilegales, toda vez que se hicieron con ocasión de una instrucción que el propio Señor Rodolfo Acosta, entregó a DRUMMOND LIMITED, con ocasión de un contrato que había suscrito con diferentes entidades, y/o cooperativas con quien él tenía créditos. Adicionalmente se reportó por parte del área nómina de la compañía, la existencia también de un embargo por alimentos, el cual también la única opción que tenía DRUMMOND al respecto, era efectuar los descuentos y girarlos a órdenes del juzgado correspondiente, de manera que los descuentos aplicados no se dieron para enriquecer las arcas de DRUMMOND ni mucho menos, sino que por el contrario, ésta lo único que hizo fue actuar como intermediaria entre el deudor que en este caso sería el señor Acosta y el acreedor, es decir, las entidades cooperativas y juzgado respectivamente, frente a

> los cuales simplemente se les entregó el dinero que el señor Acosta se había comprometido a pagar y cuyo respaldo era su salario. En ese sentido, pensar qué DRUMMOND le adeuda al demandante alguna suma de dinero por esos descuentos, sería entender que existe la figura del enriquecimiento sin justa causa, pues se estaría pagando doble vez, pues esas deudas que el señor Acosta adquirió, le eran ajenas a DRUMMOND y ésta simplemente cumplió con esa instrucción de habérselas pagado y habérselas pagado a la entidad que él mismo señaló.

Con miras a la definición de los recursos de apelación interpuestos, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la SS, conforme las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí es procedente ordenar el **reintegro** del señor RODOLFO ACOSTA HERRERA al cargo que venía desempeñando, uno igual o de superior jerarquía, en el evento en que se acredite que para el momento de la terminación del contrato gozaba de estabilidad laboral reforzada o algún padecimiento de salud por el cual la sociedad demandada estuviera en la obligación de solicitar autorización previa ante el Ministerio de trabajo para disponer la terminación laboral del contrato. **2.** En caso afirmativo, si es procedente ordenar el reintegro de conformidad en lo establecido en la Ley 361 de 1997. **3.** Si es procedente el reembolso por parte de la empresa demandada de las deducciones realizadas al demandado**. 4.** Excepción de prescripción.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante RODOLFO ACOSTA HERRERA, suscribió un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 13 de septiembre de 2000 al 15 de septiembre de 2014, data para la cual al demandante le fue terminada de manera unilateral la relación laboral, cuenta de ello dan las documentales que militan a folios 18 a 20, 22 a 26, 32, 33, 44, 89, 94, 98, 99, 126 y 134 del expediente.

INEFICACIA DEL DESPIDO Y REINTEGRO DEFINITIVO – ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:

Así pues, el conflicto surge entonces de las circunstancias que rodearon la terminación del vínculo laboral, haciendo especial énfasis, según los hechos de la demanda, que la sociedad **DRUMMON LTD**, terminó de forma unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo suscrito con el demandante, sin solicitar la autorización previa del Ministerio del Trabajo para su desvinculación, teniendo conocimiento de la discapacidad física que padece.

Así pues, frente a la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del ex empleador, y sin autorización del Ministerio de Trabajo, por haber sido despedido encontrándose en malas condiciones de salud es necesario hacer énfasis a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en la Ley 361 de 1997.

El artículo 53 de la Constitución Política dispone que los trabajadores gozaran de estabilidad en el empleo. A su vez, el artículo 24 Ley 361 de 1997 establece que el Estado deberá propiciar la ubicación laboral a los minusválidos discapacitados disminuidos acorde con su situación de salud, lo anterior se traduce en la protección por parte del Estado y a través de la ley para que el trabajador en casos específicos puedan verse afectados gravemente en alguna de sus garantías constitucionales permanezcan en su empleo o accedan a las indemnizaciones a que hayan lugar incluso en contra de la voluntad del empleador, ese pronunciamiento de carácter constitucional ha sido desarrollado bajo el concepto de la estabilidad laboral reforzada y está dirigida a aquellos sujetos que merecen especial protección del estado y es precisamente como en desarrollo de esas exigencias constitucionales que el legislador expidió la Ley 361 de 1997 a fin de establecer una serie de mecanismos destinados proteger a las personas con limitaciones físicas dando desarrollo a través del artículo 26 *ibídem* a la estabilidad laboral reforzada que deben gozar los trabajadores discapacitados.

En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos previstos en la ley en comento. No fue una previsión caprichosa del legislador el aludir, en el citado artículo, a los distintos grados de invalidez que pueden afectar

a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Indubitablemente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

De lo anterior se puede deducir, que, si entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece el trabajador objeto de la decisión, existe un nexo de causalidad, para efectos de la finalización del vínculo, debe mediar el aval de la autoridad administrativa del trabajo, que para el caso se encuentra representada por un Inspector adscrito al Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, cabe recordar que la H. Corte Constitucional en Sentencia C–531 del 10 de mayo de 2000, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispuso declararlo exequible, estableciendo que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato, por tanto al demandante es a quien le corresponde acreditar, en primer lugar su condición de persona limitada amparada por la ley 361 de 1997.

En cuanto a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: **1**. Que el trabajador se encontrara 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 c) "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%, conforme a lo previsto en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001; **2.** Que el empleador conociera de su estado de salud; y **3.** Que termine la relación laboral "por razón de su limitación física" y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo".

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral en las sentencias SL058 de 2021 y SL 572 de 2021, preciso:

> *"En efecto, debe recordarse que la Sala de tiempo atrás a adoctrinado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15% de su pérdida de la capacidad laboral, como lo dedujo el Tribunal, independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales como que obtenga un*

reconocimiento y una identificación previa. En este sentido la Corte, recientemente, en sentencia CSJ SL058-2021, lo reiteró: En concordancia con lo anterior, la Sala ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera mediante un carnet como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para de esa forma activarse las garantías que resguardan su estabilidad laboral. En la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, Rad. 41845, dijo la Corte: No obstante que el tema relativo a la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se trató en la primera acusación por la vía indirecta, conviene precisar que el Colegido de instancia estimó que para que proceda la referida garantía no basta con demostrar la existencia de incapacidad laboral temporal, sino que se exige que la trabajadora al momento del despido estuviera afectada por una pérdida de capacidad laboral en el porcentaje legal, lo que no se demostró en este caso. Sobre el particular, la Sala destaca que lo relativo a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con los grados y porcentajes de discapacidad previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001. Ahora, la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).”

Posición que acoge la Sala y que será aplicada como uno de los argumentos para resolver el presente caso, resaltando que queda en evidencia que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. Así mismo, que este beneficio opera en casos de despidos unilaterales y sin justa causa, y aún con justa causa, sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Lo anterior, no desconoce lo dispuesto en la sentencia SU-049 de 2017 proferida por la H. Corte Constitucional, pues si bien existen fricciones sobre la hermenéutica dada al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por las altas corporaciones jurisdiccionales, la postura reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, constituye *«doctrina legal probable»* que emana de su rol como órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral. En tal sentido se ha pronunciado en sentencia, SL294-2019, Radicación n° 69158 del 5 de febrero de 2019, reiterando lo dispuesto en sentencia C-836 de 2001.

De las pruebas allegadas al plenario, se evidencia, dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por Colpensiones, en la que se determinó un a pérdida de capacidad laboral del demandante del 61.05% de origen común, con fecha de estructuración del 4 de abril de 2013.

Así mismo, Resolución GNR 223374 del 16 de junio de 2014, por medio de la cual reconoció al señor RODOLFO EMILIO ACOSTA HERRERA una pensión de invalidez a partir del 7 de noviembre de 2013.

Reposa igualmente recomendaciones médicas emitidas por SALUD OTAL EPS donde se sugería a su empleador que aquel evitara levantar peso mayor a 10 kg, evitar subir y bajar escaleras de forma repetitiva, evitar movimientos de flexión del control mayores a 15 grados, evitará realizar movimientos de rotación de tronco, evitará realizar movimientos repetitivos con las manos, entre otras tantas, así como una notificación de incapacidad superior a 120 días del 30 de noviembre 2013.

Se recibió los testimonios de los señores **JORGE RIVERA, HUGO ROMERO FIGUEROA** y **CARLOS JOSÉ GARCÍA EMILIANE**, quienes coincidieron en indicar que, conocen al demandante, el primero en condición de director medico de la demandada, quien tuvo relación con la mayoría de los empleados, tanto en los exámenes médicos ocupacionales, como en la asistencia médica especializada, concluyendo todos que tienen conocimiento que el contrato del señor Acosta Herrera finalizó por habérsele reconoció una pensión de invalidez. Por su parte, el señor GARCIA señaló que trabajó en el área de recursos humanos de la demandada, y que conoció al demandante como operador de la empresa, y que conoce que su contrato finalizó por el reconocimiento de la pensión de invalidez, constándole que el demandante estuvo ausente de la empresa por múltiples incapacidades médicas.

Se recibió igualmente, el interrogatorio de parte del señor **JUAN CARLOS LOPEZ GONZALEZ**, quien señaló que el contrato de trabajo del demandante se dio por terminado por justa causa al habérsele reconocido una pensión de invalidez, remitiendo previamente a la empresa, las incapacidades y restricciones médicas que le impedían ejercer sus funciones. Que previo al reconocimiento de la pensión la empresa lo había reubicado en un área donde podía laborar sin ninguna dificultad, pero que actuaron conforme a la ley al finiquitar el contrato de trabajo sin pedir permiso para ello al Ministerio de trabajo porque no era necesario.

Finalmente el señor **RODOLFO ACOSTA**, manifestó en su interrogatorio de parte que su contrato de trabajo con la Drummond terminó por el reconocimiento de la pensión de invalidez, lo cual fue comunicado por escrito, confesando que durante

la vigencia del contrato adquirió una deuda libranza y que le eran descontados valores de la cuotas sindical por estar afiliado al sindicato de la empresa, pero que no tenía ningún tipo de embargo por alimentos y que al momento de la finalización del contrato de trabajo se encontraba incapacitado sin prestar sus servicios materialmente a la empresa.

Ahora, en relación al punto de apelación interpuesto por el demandante, en cuanto a que la pensión de invalidez es de carácter transitorio, y en ese sentido pueden quitársela, por lo que el reconocimiento de dicha prestación no es de recibo como una justa causa para dar por terminada la relación laboral.

Así las cosas, se tiene plenamente acreditado con la documental y prueba testimonial arrimada al plenario la limitación que padece el demandante, en tanto que padece del 61.05% de pérdida de capacidad laboral, y con fundamento de ésta le fue reconocida pensión de invalidez, la cual sirvió de base para la demandada para dar por terminada de manera unilateral y con justa causa el contrato de trabajo.

Frente al tema, vale la pena traer a colación la sentencia SL3552 de 2020, en la que el máximo órgano de cierre adoctrinó

> *"Para dar respuesta al cargo, basta con señalar que la jurisprudencia de esta Corporación, tiene asentado que* ***la pensión de invalidez no riñe con la orden de reintegrarse al cargo, en la medida que dicha imposibilidad, se predica en relación con la pensión de vejez*****.**
>
> *La Corte en sentencia CSJ SL16748-2014, frente a la petición de reincorporación de un trabajador, esbozó:*
>
> > *[…] Por demás, la motivación expuesta por el a quo, relativa a que* ***el actor con posterioridad fue pensionado por invalidez, no es admisible para negar tal garantía, pues esta Sala ha considerado que no existe incompatibilidad entre tales prerrogativas, en la medida en que la única prohibición que existe en ese sentido es con la de vejez****, sin que sea viable acudir a una hermenéutica restringida.*
>
> *Como se ve, no resulta viable predicar un obstáculo jurídico por el advenimiento de la pensión de invalidez, máxime cuando no existe prueba alguna que constate que efectivamente el ex trabajador se le ha reconocido tal prestación."*

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene acreditado que el demandante le fue dictaminado el 61.05% de origen común, con fecha de estructuración del 4 de abril de 2013; que le fue reconocida pensión de invalidez mediante Resolución GNR 223374 del 16 de junio de 2014, y por tal motivo, le fue terminado el contrato de trabajo el 15 de septiembre de 2014, concluyendo que la demandada tenía pleno conocimiento del estado de salud del ex trabajador.

Además, nótese como durante la vigencia de la relación laboral fue incapacitado en varias oportunidades, incluso SALUDTOTAL EPS emitió recomendaciones médicas de reubicación laboral, las cuales acató la empresa demandada.

En suma, se presentó ese nexo de causalidad entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece la trabajadora, pues se pregona tal situación de la historial clínico, en tanto que, las incapacidades otorgadas en vigencia de la relación laboral, aunado al hecho que no cuenta con una pérdida de capacidad laboral dictaminada ni calificada, y sus padecimientos generó una pérdida de la capacidad laboral o una limitación evidente en su actividades laborales, para poder pregonar que ello conllevo a culminar la relación laboral.

Las pruebas reseñadas permiten concluir que la demandante es beneficiario de estabilidad laboral reforzada que contempla la Ley 361 de 1997.

Conforme las anteriores consideraciones, y con fundamento en la jurisprudencia en cita, se concluye que la terminación del contrato de trabajo se dio sin cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en consecuencia, se **REVOCARÁ** el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ORDENAR** el **reintegro** del trabajador RODOLFO EMILIO ACOSTA a un cargo de igual o mejor condición, al que desempeñaba al momento del despido, se ordenará igualmente el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social dejados de pagar.

REEMBOLSO DEDUCCIONES SALARIALES:

El Juzgado de instancia condenó a la demandada DRUMMOND LTD a reconocer y pagar a favor del demandante señor RODOLFO EMILIO ACOSTA HERRERA una suma igual a $2.047.619 debidamente indexada, por concepto de diferencias salariales.

Inconforme con la anterior decisión, la demandada presentó recurso de apelación señalando que los descuentos fueron legítimos, en atención a que fueron autorizados por el mismo demandante, y no afectaron el mínimo vital del trabajador, aunado al hecho que el demandante percibe una pensión de invalidez. En ese sentido, indica que, al reportarse además de créditos, se reportó un embargo por alimentos, por lo que se ordenó el descuento para cancelar dichos conceptos, por lo que ordenar su reembolso, se estaría realizando un doble pago, que conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa.

Por su parte, la parte demandante también presentó recurso de apelación, señalando que el Juzgado de instancia cometió un error al aplicar la excepción de prescripción sobre los salarios que eran objeto de reembolso en atención al artículo 142 del CST, aunado al hecho que la radicación de la demanda interrumpió el término de prescripción. Incluso el mismo CST establece que hay unos derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, y en ese sentido, las prestaciones sociales y en especial el salario, es irrenunciable, por lo que no puede establecerse que hubo prescripción respecto de los salarios deducidos ilegalmente por la demandada, pese a haber orden escrita por parte del trabajador, lo cierto es que se descontó mas del 50%.

Al respecto, el Art. 149 del CST dispone:

> ***"ARTICULO 149. DESCUENTOS PROHIBIDOS.*** *<Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 1429 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:>*
>
> *1. El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnización por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; entrega de mercancías, provisión de alimentos y precio de alojamiento.*
>
> ***2. <Ver Notas del Editor> Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por la ley.***
>
> *3. Los empleadores quedarán obligados a efectuar oportunamente los descuentos autorizados por sus trabajadores que se ajusten a la ley. El empleador que incumpla lo anterior, será responsable de los perjuicios que dicho incumplimiento le ocasione al trabajador o al beneficiario del descuento."*

Al respecto, vale la pena resaltar la sentencia SL16316-2017:

> *"El artículo 149 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para la época de los hechos, era del siguiente tenor literal:*
>
> *(…)*
>
> *2. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional, o la parte del salario declarada inembargable por la ley, o en cuanto el total de la deuda supere al monto del salario del trabajador en tres meses.*
>
> ***La prohibición arriba establecida, parece, pues, superada siempre que el trabajador conceda la autorización que para cada caso otorgue el trabajador, esta es una norma protectora del salario y de abuso de la condición dominante que puede ejercer el empleador, por ello cabe preguntarse, si esa autorización puede ser obtenida bajo fuerza y coacción, e incluso, avalarse***

en juicio, sin que exista prueba de la responsabilidad del trabajador en la existencia de faltantes.

En el caso sub examine, tanto por intermedio de apoderado, como a través de su representante legal, la demandada confesó el origen de los descuentos, no sustentado en préstamos, que legalmente puede realizar y por ende descontar a su trabajadora, sino que tales descuentos, tenían su fundamento en una sanción impuesta por las pérdidas económicas que para el empleador representaba el faltante de caja.

Así las cosas, habiéndose establecido que el ad quem omitió la valoración de las documentales y de la confesión de la parte demandada, ya reseñadas, con las cuales bien, hubiese podido determinar, que: a) el origen de los descuentos, provinieron de la imputación de faltantes de caja a la actora, no de préstamo alguno; b) que a efectos de tal imputación, no se agotó procedimiento previo, contenido en el reglamento interno del trabajo; y c) que la trabajadora, devengaba el salario mínimo legal mensual vigente para la época, que ascendía a la suma de $342.000.oo; se colige que incurrió en error el juzgador de segunda instancia al no aplicar los artículos 149 y 150 del CST, que por una parte, en el inciso 2º del primero de los enunciados, de manera diáfana, prescribe la imposibilidad de efectuar la retención o deducción, «aun cuando exista orden escrita del trabajador», cuando quiera «que se afecte el salario mínimo legal o convencional», o «en cuanto el total de la deuda supere al monto del salario del trabajador en tres meses», tal como aquí ocurrió; en el cual, si bien hubo autorización de la trabajadora, la misma, no legitimaba tal descuento, por cuanto, se itera, con tales descuentos, no sólo se afectaba su salario mínimo legal; sino, que el total de la deuda, $6.102.500.oo, supera con creces el monto de su salario en tres meses, esto es $1.026.000.oo.

Ahora, debe precisarse que si bien el demandante solicita se realice el reembolso de los dineros descontados por el ex empleador desde enero de 2004 hasta el 15 de septiembre de 2014, por razones de método, previamente habrá de estudiarse la excepción de prescripción alegada por la parte demandada, y la cual fue declara probada parcialmente por el Juzgador de primer grado.

Frente al tema, la parte demandante solicita se revoque la declaratoria parcial de la excepción de prescripción, pues a su consideración, se cometió un error al aplicar la excepción de prescripción sobre los salarios que eran objeto de reembolso, teniendo en cuenta el artículo 142 del CST, aunado al hecho que la radicación de la demanda interrumpió el término de prescripción. Incluso el mismo CST establece que hay unos derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, y en ese sentido, las prestaciones sociales y en especial el salario, es irrenunciable, por lo que no puede establecerse que hubo prescripción respecto de los salarios deducidos ilegalmente por la demandada, pese a haber orden escrita por parte del trabajador, lo cierto es que se descontó mas del 50%.

Así pues, debe señalarse que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P. T y S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales.

Así, en punto a la interrupción de la prescripción, la misma opera por una sola vez y por un lapso igual, y ocurre bien extra procesalmente mediante la reclamación escrita sobre los derechos claramente determinados o, procesalmente con la presentación de la demanda, siempre y cuando se den las condiciones o requisitos a que alude el art. 94 del C.G.P.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que todo derecho prescribe, en el evento en que el trabajador no reclame su derecho dentro del término trienal anteriormente señalado, termino de prescripción que se contabiliza desde que el derecho se hace exigible.

Conforme lo anterior, se observa que la relación laboral se dio por terminada el 15 de septiembre de 2014 y la presente demanda fue radicada el 31 de marzo de 2017, conforme acta de reparto visible a en el archivo 65 del expediente digital, sin que se acredite que haya presentado reclamación al empleador, concluyendo que los salarios o las diferencias causadas con anterioridad al **31 de marzo 2014**, resultaran afectadas por el término de prescripción, tal y como lo consideró el Juzgador de primera instancia.

Aclarado lo anterior, de conformidad con la documental visible a folio 224, reposan los comprobantes de nóminas del demandante señor Rodolfo Acosta, de donde se deduce que aquel además de las deducciones que por la seguridad social se le efectuaron, le descontaron sendas sumas de dinero por concepto de créditos de libranza, cuotas a favor de cooperativas y embargos, percibiendo en múltiples y repetidas ocasiones como remuneración una suma inferior al salario mínimo legal mensual vigente o incluso sin percibir salario o ingreso alguno al encontrarse en incapacidad.

Conforme lo anterior, es procedente ordenar a la demandada reconocer y pagar las diferencias resultantes entre las sumas reconocidas al demandante por concepto de remuneración mensual y el salario mínimo legal mensual vigente, precisando en todo caso, que si bien la demandada efectuó dos descuentos en el salario del demandante, uno por orden expresa del actor, y otro por embargo por alimentos en contra de éste, lo cierto es que, al afectar el salario mínimo, se encontraba inmerso en una prohibición, de la cual debió dar cuenta el empleador y proceder a requerir al ex trabajador con el fin de ponerlo al tanto de la situación, toda vez que al haber una orden legal por embargo de alimentos, la cual no podía desconocer, debió limitar el otro descuento previamente autorizado por el trabajador para cancelar los créditos que éste había autorizado, con el fin de garantizar el mínimo vital del trabajador.

Así pues, al acreditarse que el empleador debió en su actuar, y ante los posibles descuentos al actor, requerirlo para informarle que el descuento que había autorizado expresamente no podía realizarse, en tanto que al realizar ambos afectaba su mínimo vital, al realizarlo y haber descontado ambos descuentos en su totalidad, la empresa demandada deberá asumir dichos pagos, sin que se configure que hubo un doble pago, pues fue por negligencia de la empresa demandada que afectó el salario del actor, descontando mas de lo permitido legalmente, por lo que no resulta de recibo que el mismo demandante haya autorizado uno de los dos descuentos que realizaba la empresa, teniendo en cuenta que de conformidad con la documental visible a folio 224, donde reposan los comprobantes de nóminas demandante señor Rodolfo Acosta, de donde se deduce que aquel además de las deducciones que por la seguridad social se le efectuaron, le descontaron sendas sumas dinero por concepto de créditos de libranza, cuotas a favor de cooperativas y embargos, percibiendo en múltiples y repetidas ocasiones como remuneración una suma inferior al salario mínimo legal mensual vigente o incluso sin percibir salario o ingreso alguno al encontrarse en incapacidad, producto de las deducciones efectuadas por la demandada de su salario.

En suma, se despachan desfavorablemente las súplicas del apoderado de la demandada, y en consecuencia, se confirmará la condena impuesta por el Juzgador de primer grado, esto es, condenar a la demandada DRUMMOND LTDA, a la devolución de los salarios deducidos ilegalmente a favor del señor RODOLFO EMILIO ACOSTA HERRERA, en una suma igual a $2.047.619 pesos, por no ser objeto expreso de apelación, debidamente indexada por los meses de abril a junio del 2014, no habiendo lugar a reconocer alguna por periodos posteriores bajo el entendió que la parte accionante no a crédito las sumas percibidas y acreditadas por los mismos.
COSTAS. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ORDENAR** el **reintegro** del trabajador RODOLFO EMILIO ACOSTA a un cargo de igual o mejor condición, al que desempeñaba al momento del despido, se

ordenará igualmente el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social dejados de pagar.

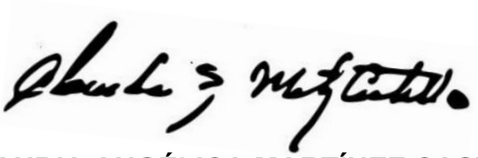
SEGUNDO: **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de marzo de 2022, conforme las consideraciones que anteceden.

TERCERO: Sin **Costas** en esta instancia.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
CON SALVAMENTO DE VOTO
Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
CON ACLARACIÓN DE VOTO
Magistrada

Link expediente digital: 11001310502420190058101

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 024-2020-00181-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de Dos Mil Veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **ARNULFO EMILIO RAMIREZ SARMIENTO**
DEMANDADOS: **COLPENSIONES**
ASUNTO : **CONSULTA PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes no presentaron alegaciones pese a lo ordenado en auto del 10 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor ARNULFO RAMIREZ SARMIENTO, instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (folios 2-7 carpeta 1):

PARTE DECLARATIVA PRINCIPAL:

1. DECLARAR que la entidad de seguridad social omitió para el reconocimiento de la pensión de vejez, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
PARTE CONDENATORIA:

1. CONDENAR a la pasiva al reconocimiento de la pensión de vejez, aplicando para ello el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
2. CONDENAR a la entidad demandada a reconocer los intereses moratorios e indexación.

PARTE DECLARATIVA SUBSIDIARIA:

1. DECLARAR que perdió el régimen de transición consagrado en el parágrafo transitorio n.°4 del Acto Legislativo 01 de 2005, como consecuencia de las omisiones deprecadas por parte de la entidad accionada.

PARTE CONDENATORIA SUBSIDIARIA.

2. CONDENAR a la pasiva, a pagar la suma de $60.163.047, por retroactivo pensional.
3. **CONDENAR** a la entidad convocada a juicio, al pago de los intereses moratorios.
4. Costas procesales.

En la audiencia de saneamiento y fijación del litigio, realizada el 8 de septiembre de 2022, el Juzgado de conocimiento le solicitó a la parte demandante aclarara las pretensiones enunciadas en el libelo inicial, frente a lo cual expuso que las súplicas iban encaminadas a que se le aplicara el régimen de transición para el reconocimiento de la pensión de vejez.

De esa manera, el Juez de Primera instancia en la fijación del litigio como en la audiencia de juzgamiento, indicó que los problemas jurídicos a resolver, se centraban en determinar si el accionante tenía derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, de conformidad con lo expuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por virtud del régimen de transición y de manera subsidiaria establecer si había lugar a reconocer un retroactivo por valor $60.163.047, por mesadas pensionales generadas desde el 15 de abril de 2014 hasta el 19 de septiembre de 2019, dado el otorgamiento de la pensión especial de vejez.

CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación al escrito de demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que reconoció “la pensión de vejez adelantada por invalidez”, con sujeción a lo contemplado en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, sin que hubiese aplicado el régimen de transición, ya que el asegurado no cumplía con los parámetros legales para su procedencia.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demanda, buena fe, prescripción, entre otras.

Mediante auto de fecha 06 de julio de 2022, el Juzgado de origen admitió el escrito de contestación, presentado por la entidad llamada a juicio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 24 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ,** el 20 de febrero de 2023, profirió sentencia en el siguiente sentido:

> ***"PRIMERO: ABSOLVER*** *a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor ARNULFO EMILIO RAMIREZ SARMIENTO, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADO LOS HECHOS*** *sustento de las excepciones de cosa juzgada la que se declara de oficio y la de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido, esta última propuesta por la parte demandada, de acuerdo a lo antes motivado.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *en costas al demandante y en favor de la demandada para lo cual se estiman las agencias en derecho en $100.000.*
>
> ***CUARTO: REMITIR*** *el presente proceso, remítase a la Sala de Decisión Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en el evento que no se interponga recurso de apelación, para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor del demandante por haber sido la sentencia advera a sus pretensiones*

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a los intereses del demandante, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición. **2.** En caso

de no salir avante la anterior suplica, se habrá de analizar si se configuró la excepción de cosa juzgada, frente al retroactivo pensional invocado.

CALIDAD DE PENSIONADO

Sea lo primero señalar que COLPENSIONES, a través de la Resolución n.° GNR 229272 del 29 de julio de 2015, reconoció al señor ARNULFO EMILIO RAMIREZ SARMIENTO, una pensión de invalidez en cuantía de $644.250, efectiva a partir del 1 de agosto de 2015. Así mismo mediante Acto Administrativo GNR 92535 del 1 de abril de 2016, la entidad de seguridad social procedió a convertir la pensión de invalidez otorgada al actor, en una pensión de vejez anticipada, en un valor de $1.175.211, a partir del 1 de agosto de 2015 (folio 7 carpeta 2).

Así las cosas, tenemos que la pensión de vejez anticipada está prevista en el parágrafo 4o del artículo 9o de la Ley 797 de 2003, que modificó el 33 de la Ley 100 de 1993, norma que se encuentra dentro del Libro I, Título I del Sistema General de Pensiones, contemplando:

> *"ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:*
>
> *Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
>
> *[…]*
>
> *PARÁGRAFO 4o. Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993.*

De lo anterior se concluye que la citada excepción a los requisitos generales previstos en los numerales 1o y 2o del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, esto es: 1) haber cumplido 55 y 60 años, si se es mujer u hombre, respectivamente, o 57 y 62 a partir del 1º de enero de 2014, y 2) haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo, *«a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2005, se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015»*, solo son aplicables a *las personas* que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado 1000 o más semanas al régimen de seguridad social.

En este asunto, no existe controversia que al señor ARNULFO EMILIO RAMIREZ SARMIENTO, le fue reconocida la pensión anticipada de vejez; sin embargo, el actor pretende que por aplicación del régimen de transición se le reconozca la

pensión de vejez que contempla el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, normativa esta última que no regula ninguna excepción, como si lo hizo la Ley 797 de 2003.

No obstante, el artículo 36 de la ley 100 de 1993, estableció un régimen de transición para aquellas personas que en la fecha en que entró en vigencia el sistema de seguridad social integral estaban próximas a cumplir los requisitos de la pensión de vejez, ello con la finalidad en que se les permitiera pensionarse con el cumplimiento de los requisitos que prescribían las normas anteriores a la Ley 100 de 1993.

Ahora, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores: un primer grupo, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones (1 de abril de 1994).

Posteriormente, el parágrafo transitorio 4° del Acto legislativo 1º de 2005 estableció que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo que al momento de la entrada en vigencia de dicho acto, lo que ocurrió el 29 de julio de 2005, el afiliado acreditara una densidad de cotizaciones igual a 750 semanas, caso en el cual el régimen de transición se extendió hasta 2014, aspecto que ha sido objeto de interpretación por la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, en el sentido de indicar que dicha extensión lo fue hasta el 31 de diciembre de 2014, tal y como recientemente reiteró en las sentencias SL4285 de 2018, SL5113 de 2018, SL094 de 2019, SL841 de 2019, entre otras.

A su turno, se advierte que la Corte Constitucional mediante la sentencia T-798 de 2012, indicó que en la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005, el constituyente limitó la vigencia del régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010, excepto para quienes a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, además de reunir los requisitos consagrados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contaran por lo menos 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicios, pues para estos afiliados el régimen de transición se extendería hasta el año 2014, ***como una medida para salvaguardar las expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a pensionarse.***

Esa reforma de carácter constitucional, obedeció a la necesidad de reducir el déficit operacional que presentaba el sistema general de pensiones en esos

momentos a causa de *"la disminución en las tasas de natalidad, fecundidad y mortalidad, y el aumento en la expectativa de vida de la población colombiana; en el proceso de maduración del régimen de prima media con prestación definida, por el cual, ha habido un aumento en la tasa de dependencia, definida como la relación entre el número de pensionados y de afiliados cotizantes; y las fases recesivas de la economía colombiana durante las cuales se aumenta el desempleo, lo que ocasiona una disminución en los aportes de los afiliados al sistema", lo cual estaba generando una crisis económica insostenible que ponía en peligro los pagos pensiónales actuales y futuros, que por demás, afectaba la estabilidad macro-económica y fiscal del país.*

En ese orden, la Corte Constitucional destacó que las reformas introducidas por el Gobierno Nacional según el proyecto de Acto Legislativo, pretendía garantizar que los afiliados que ingresaran al sistema, a partir de la reforma contenida en la Ley 797 de 2003, no aumentaran el déficit operacional, lo cual se relaciona directamente con la sostenibilidad financiera del sistema.

En ese sentido, para que el actor pudiese pensionarse con la norma anterior a la Ley 100 de 1993, se requería que la causación del derecho pensional fuera hasta 31 de diciembre de 2014, siempre que a la entrada en vigencia de la Ley 100 contara con 40 años o 15 años de servicios, además de 750 semanas para el momento en que entró en vigor el Acto Legislativo 01 de 1995.

Así las cosas, atendiendo lo enunciado precedentemente y al aplicarlo al asunto de marras, se evidencia que el actor nació el 3 de octubre de 1954, lo que indica que contaba con 39 años para el 1 de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia el sistema de seguridad social integral, sumado a que para esa misma calenda computaba 449 semanas cotizadas, y en esa medida no era beneficiario del régimen de transición, y por ende no le era posible la aplicación de ningún precepto jurídico anterior a la Ley 100 de 1993, por lo que se habrá de confirmar en esta aspecto la sentencia de primera instancia.

RETROACTIVO PENSIONAL

Ahora frente a la pretensión subsidiaria, la cual no resulta clara para esta Sala, lo cierto es que, del análisis efectuado a la sentencia dictada por el A-quo, se pudo corroborar que la misma se centró en determinar si al actor le asistía el reconocimiento y pago de un retroactivo, con ocasión el reconocimiento de la *pensión especial* que le fue otorgada, frente a la cual concluyó el Juzgado de instancia que se configuró la excepción de cosa juzgada.

A efectos, de resolver el cuestionamiento planteado, cabe precisar que el artículo 19 de la Ley 712 de 2001 y 303 del C.G.P., al cual se acuden por vía de integración prevista por el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, determinan los presupuestos para la existencia del medio exceptivo en mención, así:

a). Que en el nuevo proceso exista identidad jurídica de partes.

b). Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, o sea, sobre las mismas pretensiones.

c). Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior, es decir, por los mismos hechos.

Frente a la excepción mencionada, la Corte Constitucional en las sentencias T-119 de 2015; T-534 de 2015; T-218 de 2012; T-441 de 2010, C-522 de 2009, ha manifestado lo siguiente:

> "*La cosa juzgada es un elemento integrante del derecho al debido proceso judicial que reconoce el respeto que se debe tener por las decisiones tomadas por los jueces, en ejercicio de sus funciones. Las sentencias pasan a ser imperativas, susceptibles de cumplirse coercitivamente y se hacen inmutables, por cuanto no pueden ser variadas, es decir hacen tránsito a cosa juzgada.*
>
> *La cosa juzgada pretende: i) satisfacer la necesidad de certeza de las situaciones jurídicas, que toda sociedad requiere; ii) estabilidad y certidumbre de los derechos adquiridos, reconocidos o declarados que permiten la inmutabilidad de los mismos en virtud de las sentencias; iii) seguridad jurídica, la cual se manifiesta mediante el principio "non bis in idem", siendo imposible, la apertura de la misma causa una vez concurren identidad de sujeto, objeto y causa y iv) ponerle punto final a las pretensiones de las partes ya que por regla general quien pierde siempre considerará injusto el resultado y querrá un fallo distinto. Así, con la cosa juzgada se pone un límite a la revisión del proceso y a las relaciones que se han constituido o declarado a partir de la decisión judicial."*

Así las cosas, se evidencia que obra sentencia dictada por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario identificado con el número 2017-00079, en el cual se logra determinar que el hoy demandante instauró demanda en contra de COLPENSIONES, pretendiendo la reliquidación

de la pensión anticipada de vejez, teniendo para ello un IBL igual a $2.047.296.68, frente a lo cual el Juzgado de conocimiento condenó a la entidad convocada a juicio a reliquidar la prestación en la suma de $1.274.179.88, a partir del 1 de agosto de 2015, sobre las mesadas ordinarias y adicionales "*y al pago de las diferencias de mesadas resultantes respecto del valor reconocido en la Resolucion GNR 335935 del 11 de noviembre de 2016, sumas que deberán pagarse en forma indexada al momento de sus reconocimiento, conforme a los índices de precios al consumidor certificados por el DANE"*

"

La providencia enunciada precedentemente fue CONFIRMADA por esta Corporación

De acuerdo con los anteriores parámetros, tenemos:

1. Las pretensiones del proceso primigenio que adelantó el señor ARNULFO EMILIO RAMIREZ SARMIENTO, se orientaron a la reliquidación de la pensión especial que le fue otorgada por COLPENSIONES. *En tanto en el actual pretende el pago de un retroactivo, así: "*: *Con base a la evidencia de los numerales: Primero a Noveno, del título 1 (hechos) en conjunción con el reconocimiento de las pretensiones de los numerales: Primero y Segundo, del presente escrito de demanda de forma subsidiaria solicito a su señoría: Ordene; que la entidad demandada: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones (Nit. 900.336.004 - 7), cancelar a favor de mi defendido, el señor: Arnulfo Emilio Ramírez Sarmiento, identificado con c.c. No. 19.275.332 de Bogotá D.C. El valor igual a: Sesenta millones seiscientos trece mil cuarenta y siete pesos con setenta y tres centavos ($60.613.047,73 M./Cte.). A título de pago retroactivo de mesadas pensionales*." Con fundamento en que la mesada pensional para el año 2011 –fecha de estructuración de la invalidez- era de $1.487.367.01:

Tercero: Con base al análisis del título 3 (Demanda), del presente escrito de demanda, puede evidenciarse que los requisitos mínimos para alcanzar una pensión de vejez adelantada por invalidez fueron cumplidos por parte de mi defendido el pasado: 1 de Octubre de 2014, fecha en la cual de conformidad con la resolución No. GNR 92532 del uno (1) de Abril de 2016, mi defendido contaba con: 1.101,53 semanas de cotización.

A partir de los anteriores el I.B.L. De mi defendido de conformidad con el esquema de liquidación del acto legislativo 01 de 2005, obedece a los siguientes factores:

1000 = 65%
1.101,53 = 80,61%.

Cuarto: Con base a la liquidación del I.B.L. Anterior, el valor de la mesada pensional de mi defendido seria igual a:

64,08% = $1.175.211
80,61% = $1.487.367,01

Quinto: Aunado lo anterior, de conformidad con la resolución No. GNR 92532 del uno (1) de Abril de 2016, puede evidenciarse que la fecha de estructuración del grado de afectación de las deficiencias de mi defendido es: 5 de Mayo de 2011.

Con base a los anteriores de conformidad con el art. 33 de la ley 100 de 1993, el valor de las mesadas pensionales atrasadas es la siguiente:

Fecha de estructuración: 5 de Mayo de 2011.
Mesadas atrasadas: 41.
Valor mesadas atrasadas: $1.487.367,01 (*) 41 = $60.613.047,73

Olvidando el demandante, que en proceso anterior ya se dejó fijado la cuantía de la mesada pensional, al acceder a la reliquidación y fijando la fecha desde cuando procedía el pago del retroactivo.

2. Aunado a lo anterior, en los procesos referidos, las súplicas se fundamentan en la perdida de la capacidad del accionante, así como del reconocimiento de una pensión de invalidez y después el pago de una pensión anticipada por vejez.

De manera que, no existe duda que se configuró la excepción de cosa juzgada, al existir identidad de partes, causa y objeto, razón por la cual se debe confirmar la sentencia de primera instancia también en este tema.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en este grado jurisdiccional consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de febrero de 2023, por el Juzgado 24º Laboral del Circuito de Bogotá, según se expuso.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

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

Los magistrados,

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ**

PONENTE

CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: 11001310502420200018101

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 29-2022-00241-01

Bogotá D.C., septiembre 29 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **DANIEL CASTRO BENITEZ**
DEMANDADOS: **COLPENSIONES Y AFP PROTECCION SA.**
ASUNTO: **APELACIÓN Y CONSULTA A FAVOR DE COLPESIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones a la abogada DIANA MARCELA CUELLAR SALAZAR, CC 1075210176 y TP 207121 del CSJ, según documentos adjuntos.

La demandante y Colpensiones, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de abril 10 de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

DANIEL CASTRO BENITEZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PROTECCION SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Que se declare la ineficacia de la vinculación realizada por **DANIEL CASTRO BENITEZ** al RAIS a través de Colmena hoy Proteccion SA en diciembre de 1996. Declarar a Colpensiones como entidad en que está afiliado el demandante, y que se encuentra válidamente afiliado. Condenar. Protección a trasladar a Colpensiones los aportes realizados por la demandaste al RAIS, así como los rendimientos, y demás sumas causadas en favor del demandante. Se ordene a Colpensiones recibir y activar la afiliación del demandante en el RPM, así como contabilizar las semanas cotizadas al RAIS. Se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas, y ultra y extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de agosto 17 de 2022, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de octubre 13 de 2022; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 29 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 17 de febrero de 2023 **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación que hiciera **DANIEL CASTRO BENITEZ** al RAIS por medio de Colmena hoy Protección el 1 de febrero de 996 con efectividad 1 de marzo de 1996, y declarar que para tales efectos nunca se afilio al RAIS. Ordenar a Proteccion devolver a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a garantía de pensión mínima. Ordeno a Colpensiones afiliar al demandante y recibir de Protección los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, por concepto de cotizaciones, rendimientos y sumas destinada a garantía de pensión mínima, que se hubieren causado, y consolidar la historia laboral. Sin costas. **CONCEDIÓ** apelación a Colpensiones y consulta en su favor.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES: apelo la decisión, solicitando el superior revoque la sentencia,, porque el demandante nunca estuvo afiliado al RPM, ya que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema se refiere es a la ineficacia del deber de información pero ante el cambio de régimen, y el no estuvo nunca afiliado al RPM, y no se puede hablar de ineficacia o volver las cosas al estado anterior. En caso de no modificar o revocar la

decisión, solicita se ordene también la devolución de los gastos de administración, y las primas de seguros previsionales.

Procede también la sala conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones por así ordenarlo el articulo 69 del CPT y la SS, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCION SA, efectuado por **DANIEL CASTRO BENITEZ** el 23 de diciembre de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PROTECCION S.A., traslade la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM administrado por Colpensiones.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante solicitó afiliarse a la AFP Colmena hoy AFP PROTECCION S.A. el 23 de diciembre de 1996 (f-33 contestación protección).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de las afiliaciones o los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del

decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

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

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

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

Sobre este asunto en particular, cuando se trata de ciudadanos que se afilian por primera vez al régimen de seguridad social en pensiones al RAIS, la línea

jurisprudencial vigente de la Sala de Casación laboral, es perfectamente aplicable para el caso del deber de brindar información al momento de la afiliación, al igual que la carga de la prueba de los fondos privados para este momento inicial de la afiliación al sistema, pues al no evidenciarse que al usuario de dichos fondos se le brindo una información suficiente y veraz, sobre las implicaciones y expectativas tanto en el RAIS como en el RPM, esa afiliación en términos del artículo 271 de la ley 100/93, quedara sin efectos, o será ineficaz; aunque la Sala de Descongestión Laboral de la Corte, se ha pronunciado aseverando que en estos casos es imposible declarar la ineficacia al no haber estado afiliado con anterioridad al RPM, dicho pronunciamiento no puede aplicarse como doctrina probable, pues no ha sido reiterado por la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema; por tanto es doctrina suficientemente aplicable la plasmada en Sentencia SL1688 de 2019, en la cual se expuso con claridad meridiana lo siguiente:

"1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; ***de allí que desde el inicio*** *haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).*

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un

lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y

pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES aportó:** Expediente administrativo; **AFP PROTECCION SA** aporto: formulario de vinculación, historia laboral, movimiento cuenta de ahorro individual, resumen historia laboral OBP, SIAFP, política para asesorar y vincular personas naturales, concepto superintendencia financiera diciembre de 2015, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 23 de diciembre de 1996, fecha de la afiliación o ingreso al régimen de seguridad social en pensión, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta que, del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió

información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el ingresar a ese régimen, y no al RPM.

Claramente para el momento de la afiliación al régimen de seguridad social en pensiones el 23 de diciembre de 1996 el demandante en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 15 de agosto de 1960 f-32 demanda-expediente digital), y al cotizar en el RPM, podría pensionarse una vez reuniera la densidad de semanas exigidas y la edad (precisando que para agosto de 2022, fecha de expedición de la historia laboral por AFP PROTECCION SA. F.35), el demandante había cotizado más de 1318 semanas, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, esperar los términos legales para redención del bono pensional-(aunque no tenga derecho a él) hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento de la vinculación al

régimen de pensiones, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el(a) demandante haya podido recibir de forma posterior a la primera vinculación al régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFPCOLMENA hoy PROTECCION S.A., el 23 de diciembre de 1996, la cual lo llevó a tomar la decisión de afiliarse al RAIS; y la misma que AFP PROTECCION S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Las manifestaciones de las demandadas, no pueden ser consideradas como indicativas que la demandada Colmena hoy Protección actuó conforme al deber de información, pues no allego prueba alguna, que permitiera a esta Sala inferir que al demandante se le pusieron de presente las ventajas y desventajas que representaban el afiliarse inicialmente el RAIS, y las posibles ventajas que le representaría el afiliarse al RPM.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad de las demandadas, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito

inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (…)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(…)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de

antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(…) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (…)

(…) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(…) 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, 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 en 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."

Del mismo modo, frente a la apelación de Colpensiones, se dirá que le asiste parcialmente la razón e cuanto a la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales; pues se equivoca al afirmar que la línea jurisprudencial solo hace relación, al cambio de régimen, lo cual no tiene sustento jurisprudencial, ni legal pues el deber de información, está claramente establecido, tanto para la afiliación inicial, como para el cambio de régimen. Y esto es así, pues no sería comprensible que una persona que viene afiliada al RPM desde años antes, no está obligada a saber qué tipo de ventajas tendría de continuar en dicho régimen, y una persona que se afilie por primera vez, si deba afrontar el hecho que, por no venir afiliada al RPM, tenga necesariamente que soportar que, en su vinculación, el fondo privado no esté obligado a brindar la información suficiente para esa

vinculación al régimen pensional, lo cual haría contradictoria la línea jurisprudencial vigente desde el año 2008.

Ahora, es claro, que al declararse la ineficacia del traslado, como lo ha dicho la reiterada jurisprudencia de nuestro tribunal de cierre, que las cosas vuelven a su estado anterior como si nunca hubiese estado afiliado al fondo privado, y en este sentido podrá el afiliado escoger libremente el fondo, que en este caso es Colpensiones como lo manifestó en las reclamaciones previas a iniciar el proceso judicial, y esos dineros deben ser entregados a Colpensiones, pues a pesar de no haber tenido como afiliado al actor durante ese lapso, debe responder por los riesgos de invalidez vejez y muerte al declararse la ineficacia del traslado. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

"(…) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, ***lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ***ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos****, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)*

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia de la afiliación, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se ADICIONARÁ la decisión, en el sentido que, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, AFP PROTECCION SA los trasladara a COLPENSIONES debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmara la declaración de no probada conforme lo decidió el a quo.

COSTAS:

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia

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

RESUELVE

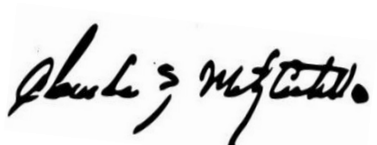
PRIMERO: **ADICIONAR** la sentencia proferida el 17 de febrero de 2023 por el Juzgado 29 Laboral el Circuito de Bogotá en el sentido que, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se trasladarán los rendimientos financieros; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, AFP PROTECCION SA los trasladara a COLPENSIONES debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

TRECEROS: Sin COSTAS en esta instancia.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTINEZ CASTILLO.

11001310502920220024101

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

Radicación No. 35-2017-00557-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE:	**FUNDACION UNIVERSIDAD AUTONOMA DE COLOMBIA - FUAC**
DEMANDADO :	**CARLOS IGNACIO SABOGAL TAMAYO**
VINCULADO:	**ASOCIACION SINDICAL INDEPENDIENTE DE PROFESORES Y TRABAJADORES DE LA FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA - ASIPROTRAFUAC**
ASUNTO:	**FUERO SINDICAL - ACCIÓN DE LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL – GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA A FAVOR DEL DEMANDADO**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35° Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de julio de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 117 del CPT y SS.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 17 de agosto de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

I. ANTECEDENTES

La FUNDACIÓN UNIVRSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA FUAC obrando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda en contra dl señor CARLOS IGNACIO SABOGAL TAMAYO, para que previos los trámites de un proceso especial de fuero sindical, se ordene:

1. Se ordene el levantamiento del fuero sindical de CARLOS IGNACIO SABOGAL TAMAYO quien ocupa el cargo de secretario en la Junta Directiva del Sindicato ASIPROTRAFUAC.
2. Se autorice la terminación del contrato de trabajo de CARLOS IGNACIO SABOGAL TAMAYO, por ostentar la calidad de pensionado por parte de COLPENSIONES, y estar recibiendo su mesada pensional.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: que el señor CARLOS IGNACIO SABOGAL TAMAYO ingresó a laborar a la FUAC el 27 de enero de 1993, mediante contrato de trabajo a término indefinido.

Que el demandado CARLOS IGNACIO SABOGAL TAMAYO fue pensionado por COLPENSIONES mediante resolución No. 189076 del 23 de julio de 2013, y recibe el pago de su mesada pensional.

Que el sindicato ASIPROTRAFUAC nombró en la Junta Directiva de la Organización Sindical, como secretario a CARLOS IGNACIO SABOGAL TAMAYO, que en la convención colectiva de trabajo suscrita se delegó el fuero sindical del demandado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto del 13 de septiembre de 2017 por el Juzgado 35º Laboral del Circuito, y surtido su traslado, el accionado CARLOS IGNACIO SABOGAL TAMAYO, contestó la demanda en la respectiva AUDIENCIA ESPECIAL adelantada el 23 de febrero de 2022en la que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y propusieron en su defensa como excepciones de mérito.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, la **JUEZ 35º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia 21 de julio de 2023, en la que resolvió:

> *"**PRIMERO: LEVANTAR** el fuero sindical del que goza CARLOS IGNACIO SABOGAL TAMAYO en calidad de miembro de la comisión de estabilidad de la Asociación Sindical Independiente de Profesores y Trabajadores de la Fundación Universidad Autónoma de Colombia – ASIPROTRAFUAC y en consecuencia conceder permiso para despedir a CARLOS IGNACIO SABOGAL TAMATO.*
>
> ***SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia".*

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Procede la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandado, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

II. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

A efectos de resolver, cabe señalar que el artículo 405 del C. S. del T. define el fuero sindical, como *"la garantía que tienen algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo".*

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia T 220 del 12 de marzo de 2012, reiteró:

> ***"5. El proceso de levantamiento del fuero sindical y la acción especial de reintegro por fuero sindical***
>
> *5.1. Tal y como se señaló anteriormente, el fuero sindical es un derecho que cobija a las directivas sindicales para evitar despidos injustificados, o modificaciones arbitrarias de las condiciones laborales, de modo que se garantice la gestión de los intereses de los asociados.*
>
> *5.2. Por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa y previa autorización judicial al empleado aforado. Será necesario un proceso de levantamiento del fuero sindical iniciado por el patrono para que el juez permita despedir o desmejorar las condiciones del empleado aforado, en los términos de los artículos 113 a 117 del Código Procesal del Trabajo. En dichas disposiciones, se señala que se presume la existencia del fuero sindical con la sola certificación de la inscripción en el registro sindical o con la comunicación del empleador de la inscripción, por consiguiente, en esos casos, éste deberá interponer una demanda para obtener el permiso del juez, invocando una justa causa. En este sentido, la sentencia T-029 de 2004, reiterando jurisprudencia en la materia, precisó lo siguiente,*
>
> > *"A propósito de las acciones en comento, conviene anotar que la demanda del empleador, tendiente a levantar el fuero sindical, deberá presentarse "inmediatamente al conocimiento de la ocurrencia de una causa justa para la autorización de despido, traslado o desmejora del trabajador"[1], habida cuenta que "el fundamento mismo para*

[1] Sentencia C-381 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta oportunidad fueron declarados exequibles algunos apartes de los artículos 113, 114 y 118 del Código Procesal del Trabajo, en los términos de la misma decisión. Esta Corte resolvió: *"Primero.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones del artículo 114 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el Decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de la Ley 141 de 1961, las cuales señalan que se "ordenará correr traslado de ella al trabajador o trabajadores indicados en la solicitud y citará a las partes para una audiencia" y "se intentará en primer término la conciliación. Fracasada ésta, en el mismo acto", siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, debe ser notificado y será parte en el juicio. Segundo: Declarar EXEQUIBLES los incisos primero y tercero del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fueron modificados por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, podrá también interponer la acción de reintegro prevista por primer inciso y de restitución prevista por el tercer inciso. Tercero: Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de la Ley 141 de 1961.*
Cuarto: Declarar EXEQUIBLE el artículo 113 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 13 inciso 2º, 25 y 39 de la Constitución y del Convenio 98 de la O.I.T., para hacer uso del procedimiento especial

el ejercicio del mencionado levantamiento, es necesariamente la existencia y conocimiento por parte del empleador de una justa causa que justifique las pretensiones de levantar el fuero al trabajador. Si esa justa causa no se extiende en el tiempo y se esgrime en momentos diversos a los que dieron origen a la eventual posibilidad de levantamiento del fuero, lo que en realidad ocurre es que el fundamento mismo o la causal que autorizaba legítimamente el levantamiento, desaparece y en consecuencia se controvierte la razón misma de su consagración"[2].

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia ha precisado que el objetivo del proceso de levantamiento del fuero es (1) verificar la ocurrencia de la causa que alega el empleador, y (2) el análisis de su legalidad o ilegalidad[3]. Es importante anotar que según el artículo 410 del C.S.T., son justas causas para el despido, 1) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y 2) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato.

5.3. En este contexto, se entiende que el respeto al derecho de asociación sindical incluye la garantía del debido proceso cuando son despedidos trabajadores cobijados por el fuero sindical. Si el trabajador ha sido despedido o desmejorado sin autorización judicial previa, cuenta con dos meses, contados a partir de la actuación del empleador, para interponer una acción especial de reintegro por fuero sindical tal y como lo consigna el artículo 118A del Código de Procedimiento del Trabajo. En relación con la obtención del permiso cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral, conoce la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y seguridad social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 712 de 2001[4], razón por la cual es a la jurisdicción ordinaria laboral a quien compete conocer de los conflictos de reintegro por fuero sindical de los trabajadores y empleados públicos, a través de los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Laboral[5].

En la acción de reintegro, el juez debe analizar (1) si el demandante estaba obligado a solicitar el permiso judicial y, en caso afirmativo (2) verificar si cumplió dicho requisito. De ninguna manera el juez podrá en este tipo de procesos pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho, ya que en virtud del derecho al debido proceso nadie puede ser juzgado sino por el juez competente, con las formas propias de cada juicio.

Si surtido el proceso se comprueba, que el trabajador fue despedido desconociendo las disposiciones en esta materia, se ordenará su reintegro y se condenará a título de indemnización, los salarios dejados de percibir[6].»

De lo anterior se advierte, que por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa o modificar las condiciones laborales de un trabajador aforado desmejorándolo o trasladándolo sin previa autorización judicial, requiriendo por ende acudir a un proceso de levantamiento de fuero sindical cuyo objeto recae en: 1. En verificar la ocurrencia de la justa causa alegada por el empleador, y 2. En analizar su legalidad e ilegalidad.

---

de levantamiento del fuero sindical, el empleador deberá presentar la solicitud inmediatamente ocurra la justa causa requerida para solicitar la autorización de despido, traslado o desmejoramiento del trabajador aforado, según se indicó en la parte motiva de este fallo".
[2] *Ídem.*
[3] T-029 de 2004, T-731 de 2001
[4] T-253 de 2005
[5] C-1232 de 2005
[6] C-1232 de 2005, T-1189 de 2001. Al respecto, la sentencia T-029 de 2004 establece lo siguiente: "En principio, quebrantan el ordenamiento constitucional los jueces laborales que no ordenan el reintegro y la indemnización consecuente de quien, estando protegido por fuero sindical fue despedido sin permiso judicial".
Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA.

En el caso de despido, desmejora o traslado de un trabajador cobijado por el fuero sindical sin autorización judicial previa, se podrá acudir a la acción de reintegro o reinstalación que tiene como finalidad el analizar: 1. Si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial y en caso tal, 2. Verificar si cumplió con dicho requisito, sin que el juez pueda entrar pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho. En caso de encontrarse acreditado que el trabajador fue despedido, desmejorado o trasladado sin la autorización requerida, proceder ordenar su reintegro o reinstalación al cargo y condenar a título de indemnización los salarios dejados de percibir.

El **problema jurídico** se centra en determinar: **1)** Sí el trabajador demandado CARLOS IGNACIO SABOGAL TAMAYO, está amparado por la garantía de fuero sindical, respecto del sindicato "ASIPROTRAFUAC", **2)** Sí la parte demandante logró acreditar la configuración de la justa causa prevista en el articulo 62 del CST, subrogado por el Decreto 2351 de 1965, articulo 7, literal a), numeral 14, en concordancia con el artículo 33 de Leo 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para dar por terminado su contrato de trabajo.

1. DEL VÍNCULO LABORAL:

No fue materia de controversia la existencia del vínculo laboral que ata actualmente a las partes mediante la suscripción de un contrato de trabajo, la cual inició el 27 de enero de 1993, a través de un contrato de trabajo a término indefinido.

2. DEL FUERO SINDICAL

Tampoco se discute la calidad de aforado que ostenta el trabajador encartado, al tener por acreditado que, el señor CARLOS IGNACIO SABOGAL TAMAYO fue nombrado como miembro de la Junta Directiva de la ORGANIZACIÓN SINDICAL INDEPENDIENTE DE PROFESORES Y TRABAJADORES DE LA FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA – ASIPROTRAFUAC, como secretario, de conformidad con la comunicación obrante a folio 15 del Archivo 01 del expediente digital.

3. DEL PERMISO PARA DESPEDIR:

Establecida la existencia del contrato de trabajo, así como del fuero sindical, debe precisarse que siempre que un empleador deba ejercer alguna de las prerrogativas (despido, desmejora, o traslado) frente a un trabajador aforado, debe acudir al procedimiento especial que regula la Ley en el artículo 113 del CPL, dentro del cual

puede obtener la calificación judicial de existencia de una causa legal de despido o desmejora en las condiciones de trabajo, o de las razones legales que habiliten un traslado.

Con ello el ordenamiento jurídico protege el derecho de asociación sindical dando estabilidad *relativa* a los trabajadores aforados, y al mismo tiempo permite al empleador la movilidad de su recurso humano cuando existan causas legales o razones que la autoricen.

En este orden de ideas, las controversias sobre la existencia o no de razones para efectuar un traslado o causas justas para proceder con un despido o una desmejora salarial, no son objeto del proceso incoado por el trabajador en ejercicio de la acción de reintegro o reinstalación que le otorga el artículo 118 del CPL.

Tales controversias se deben desatar judicialmente antes de efectuar el despido, el traslado o la desmejora, mediante la acción que otorga al empleador el artículo 113 del CPL, independientemente de que puedan existir razones legales que autorizan el traslado, **el despido o la desmejora en las condiciones de un trabajador aforado, ellas se deben calificar <u>previamente</u> por el juez del trabajo; solo así se protege eficazmente el derecho de asociación sindical dentro de nuestro ordenamiento jurídico.**

La UNIVERSIDAD demandante, pretende el levantamiento del fuero sindical del accionado invocando la ocurrencia de una justa causa para despedir, consistente en el reconocimiento de la pensión de vejez y su inclusión en nómina de pensionados, configurándose una justa causa prevista en el articulo 62 del CST, subrogado por el Decreto 2351 de 1965, articulo 7, literal a), numeral 14, en concordancia con el artículo 33 de Leo 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Previo a verificar la justa causa invocada por la empresa demandante, habrá de estudiarse la excepción de prescripción alegada por el demandado, conforme lo establece el artículo 118 a del código de procedimiento del trabajo y la Seguridad Social, fundamentada en que el trabajador accedió a su derecho pensional el 23 de julio del 2013 y la demanda fue interpuesta más de 4 años después de configurada la justa causa. No obstante, no obra dentro del expediente ninguna prueba que demuestre el momento en el cual la demandante tuvo conocimiento del status pensional de su trabajador, y únicamente a folio 16 del numeral primero del expediente obra consulta realizada en el registro único de afiliados a la protección social el 15 de marzo del 2017 por lo que no es posible establecer la empleadora conocía la calidad de pensionado del aforado desde el momento en que fue reconocida la prestación económica en el año 2003.

Teniendo en cuenta lo anterior, y al no obrar ninguna prueba que determine que efectivamente la universidad demandante tuviera conocimiento del status de pensionado del trabajador demandado, se tomará la consulta antes mencionada, esto es, el 15 de marzo de 2017, fecha en que la parte actora tuvo conocimiento del status de pensionado del demandado, precisando en todo caso que la presente demanda fue radicada el 5 de septiembre de la misma anualidad, conforme acta de reparto visible a folio 28 del expediente digital.

Frente a la oportunidad de invocar la causal contemplada en el numeral 14 del artículo 62 del código sustantivo ha señalado la Corte Constitucional que en cuanto a la oportunidad en que el empleador puede invocar la causal para efectos de determinar si es un despido justo o injusto la Corte Suprema de Justicia ha indicado que puede ser en cualquier momento a diferencia de las demás causales al tratarse de una prestación de carácter permanente, aunado al hecho que la causal invocada es una decisión facultativa del empleador, de no ser de forzoso acatamiento que puede ejercerse cuando estime que el trabajador ha cumplido su ciclo laboral.

En línea con lo anterior, la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado que la causal de reconocimiento de pensión a diferencia de las otras contempladas en el literal a del artículo 62 del CST, es una causal natural permanente y facultativa. En consecuencia, ha considerado que ésta puede proponerse en cualquier momento por parte del empleador.

En ese orden de ideas, si bien el CPT y SS prevé un término de prescripción especial de 2 meses para adelantar acciones de fuero sindical como la del levantamiento, la interpretación razonable de tal norma para los casos en los que el empleador alega la causal de reconocimiento de pensión al tratarse de aquellas que se prolongan, en cuyo fundamento no desaparece con el transcurso del tiempo es que la misma se pueda interponer en cualquier tiempo.

En consecuencia y conforme al precedente jurisprudencial enunciado que a su vez trajo colación la posición esbozada por el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción la presentación que se fundamenta en la de causalidad denominada reconocimiento de la pensión puede ser interpuesta en cualquier tiempo razón por la cual se declara no probada la excepción de prescripción interpuesta.

Así las cosas, se observa del documento visible en el Archivo No. 24 del expediente digital, comunicación de la Dirección de Nómina de pensiones de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con destino al Juzgado de primera instancia, mediante la cual, informa que el señor

CARLOS IGNACIO SABOGAL TAMAYO, se encuentra pensionado desde septiembre de 2012.

Así las cosas, para la procedencia consagrada en el parágrafo 3 del artículo 33 de la Leu 100 de 1993, se requiere no solo la notificación del acto administrativo de reconocimiento de la pensión de vejez, sino el ingreso a nómina de pensionados, hechos que se encuentran plenamente acreditados, teniendo en cuenta que el demandado fue pensionado desde septiembre de 2012, y con la comunicación antes mencionada, se acredita que el aquí demandado ya fue ingresado en nómina.

Bastan las anteriores consideraciones, para tener por demostrado la configuración de la causal objetiva invocada por parte de la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA - FUAC, sin que se entienda vulnerado el derecho de asociación sindical, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** la sentencia consultada, en el sentido de **LEVANTAR EL FUERO SINDICAL** del que goza el señor CARLOS IGNACIO SABOGAL TAMAYO, y en consecuencia, **CONCEDER** el permiso para despedir solicitado por la UNIVERSIDAD demandante.

COSTAS: Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

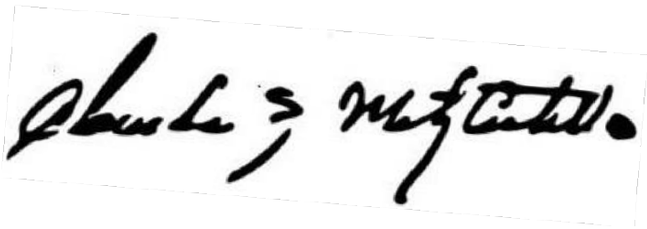
PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el JUZGADO 35º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ del 21 de julio de 2023, según las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: **NO CONDENAR** en costas en la alzada.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Link expediente digital: 11001310503520170055701

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 36-2018-00507-01

Bogotá D.C., septiembre 29 de dos mil veintidós (2023)

DEMANDANTE: **SILVESTRE PEDRO IGNACIO PINEDA RODRIGUEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR S.A. / MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.
ASUNTO: **CONSULTA A FAVOR PARTE DEMANDANTE.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica al abogado GIOVANNI ALEXIS GRECO CARDONA CC 1.053.826.799 Y TP 302.837 DEL CSJ, para actuar como apoderado sustituto de Colpensiones, según poder debidamente allegado. Notifíquese por estado.

Las demandadas Colpensiones y Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de marzo 13 de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **SILVESTRE PEDRO IGNACIO PINEDA RODRIGUEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, la AFP PORVENIR SA Y EL

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad de la afiliación realizada por **SILVESTRE PEDRO IGNACIO PINEDA RODRIGUEZ** a Porvenir el 3 de septiembre de 1997 del Régimen de Prima Media al RAIS. Condenar a Colpensiones a recibir al demandante como cotizante. Condenar a Porvenir a revolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación y devolver todos los valores como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren generado y hacer el traslado a Colpensiones. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de noviembre 8 de 2018, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y PORVENIR, en tiempo, como consta en auto de agosto 5 de 2019, donde se ordena vincular al Ministerio de Hacienda y Crédito Público como litisconsorte necesario, según solicitud de Porvenir; se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 36 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 20 de febrero de 2023 ABSOLVIO a las demandadas, no impuso costas, y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante.

No existiendo irregularidad que invalide lo actuado, procede la sala a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A. efectuado por **SILVESTRE PEDRO IGNACIO PINEDA RODRIGUEZ** el día 3 de septiembre de 1997; o si el hecho de habérsele reconocido la pensión de vejez, impide la declaratoria de ineficacia del traslado **2.**

En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Porvenir SA, el 3 de septiembre de 1997, (f.4 demanda expediente digital) .

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y

jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

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

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

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz

brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES aportó:** Expediente administrativo, **AFP PORVENIR** aporto: Formulario de afiliación, historial de vinculaciones, bono pensional, relación de aportes, historia laboral, petición de 2008, oficio de junio 6 de 2008, resolución del Minhacienda, solicitud de pensión de vejez de mayo 12 de 2016, oficio de junio 13 de 2016, respuesta de septiembre 19 de 2016, petición de diciembre 13 de 2016 y respuesta, respuesta de 2017, petición de 2017, oficio SIF2017, certificado de pago de aportes noviembre 8 de 2016, respuesta de junio 20 de 2018, de febrero 2 de 2018. Agosto 2 de 2017, certificado de pagos pensionales.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 3 de septiembre de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener

una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen, e igualmente que se le reconoció pensión la pensión en 2016, pero al darse cuenta de las desventajas pretende la declaratoria de ineficacia.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como valida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 3 de septiembre de 1997, la cual lO llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al

régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (…)"

Respecto a lo decidido por el a quo, que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por haber hecho solicitud de reconocimiento pasional en el RAIS, y haberse emitido el reconocimiento de la pensión a partir mayo 24 de 2016, se puede establecer que al aceptar dicho reconocimiento, convalidó su consentimiento de estar válidamente afiliado al RAIS, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto tal como lo interpretó el juzgador de instancia.

Esta Sala confirmara la decisión de primera instancia, pues no debe dejarse de lado que nuestro órgano de cierre tiene establecido que el status de pensionado que adquieren los afiliados al RAIS, obedece, como bien se ha expuesto en sentencias como las CSJ SL373 de 2021, SL105 de 2022 y SL463 de 2022, a una situación jurídica ya consolidada, a un hecho consumado del cual, si de los efectos de la ineficacia o nulidad se trataran, no es dable revertir, pues ello devendría en la afectación de derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de tercero de buena fe.

Dicho criterio fue dispuesto recientemente por nuestro órgano de cierre en sentencia SL105 de 2022 (Rad.81402) respecto a casos en que el demandante pretende la ineficacia del traslado cuando se encuentra disfrutando de su pensión en el RAIS, situaciones fácticas similares a las que aquí nos ocupan:

"En sentencia CSJ SL373-2021, la Corte estudió un caso de contornos similares al presente, donde se planteó como uno de los problemas jurídicos determinar si bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, podía la persona regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida estando pensionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En el referido fallo se dijo:

Para la Corte ***la respuesta es negativa, puesto que 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), 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****.*

También, en la sentencia CSJ SL3707-2021 esta Corporación dejó asentado:

Así, no andaba desencaminado el sentenciador cuando adujo las consecuencias financieras al sistema que podría acarrearse con la declaratoria de ineficacia del traslado, no porque eventualmente fuere masiva, sino porque, ***para el caso concreto, ya había***

efectos económicos que no resultaban reversibles y obrar de manera distinta implicaría afectar a terceros de buena fe, *en este evento en particular, por ejemplo, a la aseguradora con quien se celebró el contrato de renta vitalicia.*

Y es que ***el efecto de la declaratoria de ineficacia, a falta de disposición específica que regule el tema, según lo ha sostenido la Corte, por regla general, no es otro que el señalado en el artículo 1746 del Código Civil, es decir, dar a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato*** *(CSJ SL2877-2020), lo cual, por las razones arriba explicadas,* ***en estos casos, cuando el reclamante tiene la calidad de pensionado y ha percibido las mesadas contratadas****, v. gr. en este evento específico hace ya aproximadamente doce (12) años,* ***esto no es posible (…).***

(…) En todo caso, es importante aclarar que la citada providencia CSJ SL373-2021, dejó a salvo el derecho del pensionado de demandar la indemnización total de perjuicios de la administradora si lo considera pertinente..."

Es claro que el demandante fue objeto de reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, lo cual hace inviable la declaratoria de ineficacia así se encuentren probada la falta al deber de información en el momento del cambio de régimen, pues claramente se puede colegir de las pruebas documentales que militan a folios 194 a 197 de la contestación de Porvenir, en donde el actor solicita el reconocimiento de su pensión de vejez en la modalidad de retiro programado, luego a folio 214 -ibidem- se aprueba por parte de AFP Porvenir SA la pension de vejez al actor con fecha junio 13 de 2016, en la modalidad de retiro programado, a partir del mes de junio de 2016.

Bajo las anteriores consideraciones, se **confirmara** la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS:

No hay lugar a condena en costas por conocerse en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 20 de febrero de 2023 por el Juzgado 36 Laboral el Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ

CLAUDIA ANGELICA MARTINEZ CASTILLO.

11001310503620180050701