



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105008202100220-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el trece (13) de diciembre de 2022 por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **DIANA VILLEGAS CESPEDES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Diana Villegas Cespedes, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare que no es válido y por ende ineficaz el formulario por medio del cual se efectuó afiliación al RAIS a través de PORVENIR, se declare que la demandante continua válidamente afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES, ordenar a PORVENIR trasladar con destino a COLPENSIONES los valores consignados a la cuenta de ahorro

individual de la demandante por concepto de aporte, rendimientos y pagos de administración, realizado al RAIS, se ordene a COLPENSIONES recibir los aportes de seguridad social que le sean trasladados por PORVENIR, se condene a costas y agencias en derecho, a lo extra y ultra petita.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 2 de septiembre de 1964, que empezó a laborar en el año 1990, que un asesor de fondo privado llevo formularios a su empresa indicándole que era más conveniente estar en ese fondo, firmando un formulario en el año 1998, que a la fecha a cotizado a PORVENIR, que el 22 de febrero y el 5 de marzo de 2021, solicito a Porvenir la nulidad de la afiliación y a COLPENSIONES recibirla en el RPM respectivamente, que se recibió respuesta el 6 de abril y 6 de marzo negado las solicitudes. (archivo 02Demanda.pdf)

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y Porvenir S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 17ContestacionPorvenir220.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (archivo 14ContestacionColpensiones220.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el trece (13) de diciembre de 2022 por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante realizado del RPM al RAIS el 27 de marzo de 1998 mediante afiliación a PORVENIR, condeno a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la demandante, condeno a

PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con el art. 1746 del C.C. aplicable por remisión analógica en materia laboral, junto con los rendimientos que se hubieren causado, condenar a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional, costas a cargo de PORVENIR.

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandada Porvenir S.A., presento recurso de apelación, en los siguientes términos: solicito se revoque la sentencia, bajo el presupuesto de que no se estudio la carga de la prueba de la manera correcta, no se probó la omisión de la representada frente al deber de información para el momento histórico en el que se trasladó de régimen pensional, siendo imposible invertir la carga de la prueba, no obstante, se allego el formulario de afiliación el cual es prueba documental, pues se tenían claras características del régimen como la existencia de una cuenta individual de ahorro, los rendimientos de su aportes y que eran heredables, también se aparte de la devolución de gastos de administración y seguros previsionales los cuales se efectuaron en virtud a lo establecido por la ley, desconociéndose que PORVENIR actuó bajo el principio de la buena fe y realizo los descuentos en procura de administrar la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo cual afecta el patrimonio de la entidad ya que no se cuenta con esos dineros, pues los rendimientos financieros son superiores a lo que hubiere tenido en el RPM, por lo que debería en dichos términos ordenarse la devolución.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente el apoderado de la demandada PORVENIR reitero la solicitud de revocatoria de la sentencia alegando que sobre la lógica de los procesos de ineficacia o nulidad de la afiliación basados en las negaciones indefinidas, la ausencia de las negaciones indefinidas en el escrito de demanda y principio de congruencia de las actuaciones procesales y sobre la improcedencia de las restituciones mutuas, por su parte, la apoderada de la demandada COLPENSIONES solicito la absolución de la entidad, como fundamentos jurídicos invoco el art. 2 de la Ley 797 de 2001, art. 36 de la Ley 100 de 1993, Decreto 3800 de 2001, inciso 4 art. 36 de la Ley 100 de 1993, sentencia C 789 de 2002 y art. 3 del Decreto 3800 de 2001, sentencia C- 1024 de 2004 y sentencia STC8762-2017 M.P. Álvaro

Fernando García Radicación No. 76001-22-03-000-2017-00209-01, de otro lado, la apoderada de la demandante solicito se confirme la sentencia.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si Porvenir S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la respuesta otorgada por Colpensiones el 6 de marzo de 2021, donde le fue negado lo petitionado, al indicar que no es procedente anular la afiliación al RAIS. (archivo 09Anexos.pdf)

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes

de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones 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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de

ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**” (Negrilla fuera de texto).*

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos

	Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el dos (2) de septiembre de 1964

(archivo 10Anexos.pdf), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES entre el 15 de noviembre de 1990 al 30 de abril de 1998 un total de 249.71 semanas (archivo 51747132_HLU.pdf, carpeta 19ExpedienteAdministrativoColpensiones220), iii) que el veintisiete (27) de marzo de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de mayo de 1998 (archivo 17ContestacionPorvenir220.pdf, fls. 25 y 45) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por la demandante con 1.328 semanas (archivo 08Anexos.pdf).

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Diana Villegas Cespedes asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales, ya que no es suficientes que conozca de algunas características deben ser todas y de los regímenes existentes. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima.

Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Continuando con el estudio por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un error al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la

encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de

garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.».

(Negrilla fuera de texto)

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el veintisiete (27) de marzo de 1998 con efectividad el 1 de mayo de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente por haberle sido

desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultados del proceso.

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

RESUELVE

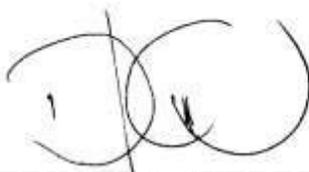
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el trece (13) de diciembre de 2022 por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **DIANA VILLEGAS CESPEDES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la demandada Porvenir S.A., teniendo a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultados del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105031202200229-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Pensión de Sobrevivientes.

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 01 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA ELENA RÍOS DE MORALES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

MARÍA ELENA RÍOS DE MORALES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, se reconozca su calidad de cónyuge sobreviviente del pensionado fallecido Carlos Enrique Osorio Ríos, en razón de su matrimonio religioso celebrado el 15 de julio de 2017; que, se reconozca la calidad de excompañera permanente del causante entre el 04 de mayo de 2014 y el 14 de junio de 2017; que, en consecuencia, se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, junto con el retroactivo causado desde el 30 de junio de 2020, fecha de fallecimiento del causante y hasta que se haga efectivo el reconocimiento y pago de la pensión; que, se condene a la demandada al pago de los gastos y costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, convivió en unión libre, de manera permanente y singular, con el señor Carlos Enrique Osorio Ríos, del 04 de mayo de 2017 (sic) al 14 de julio de 2017, en la Vereda San Nicolás de La Ceja – Antioquia; que, el 15 de julio de 2017, contrajeron

matrimonio por el rito católico, conviviendo de manera continua e ininterrumpida hasta el 30 de junio de 2020, cuando el señor OSORIO RÍOS, falleció.

Refirió que, reclamó ante COLPENSIONES, la sustitución pensional, derecho que le fue negado mediante la resolución SUB 187536 del 01 de septiembre de 2020, decisión contra la que interpuso los recursos de ley, y que fue confirmada mediante las resoluciones SUB 200488 del 18 de septiembre y DPE 13733 del 07 de octubre de 2020 (Archivos 02 y 08).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, presentó escrito de contestación oportunamente, se opuso a las pretensiones y aceptó la mayoría de los hechos; argumentó en su defensa que, la demandante MARIA ELENA RIOS DE MORALES, conforme con la información allegada dentro de la reclamación administrativa de reconocimiento no acreditó, de manera fehaciente, el tiempo de convivencia con el causante, exigido por la normatividad colombiana para acceder a la sustitución pensional y por ello, no puede acceder a tal prestación. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público, buena fe y las demás que se encuentren probadas y puedan ser declaradas de oficio por el Juez (Archivo 13).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 01 de noviembre de 2022, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a COLPENSIONES de la totalidad de pretensiones incoadas en su contra; condenó en costas a la demandante y concedió el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, las partes guardaron silencio al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si resultó o no

acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, que negó a la demandante, el derecho a la sustitución pensional deprecada.

DE LA CONDICIÓN DE PENSIONADO DEL CAUSANTE Y LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL

No fue objeto de discusión en el plenario que mediante la resolución 015687 del 25 de agosto de 2005, el entonces Seguro Social, le reconoció al señor CARLOS ENRIQUE OSORIO RÍOS, pensión de vejez, en cuantía inicial de \$409.343, a partir de 03 de diciembre de 2004. Tampoco que, el mencionado señor, falleció el 30 de junio de 2020, como da cuenta el registro civil de defunción que milita a folio 9 del Archivo 01 y en el Archivo 23 del expediente digital; lo que de suyo implica que el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, normas vigentes al momento de su deceso, y que disponen:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones...”*

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

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

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

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

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una

cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...”

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre, la convivencia por un lapso no inferior a 5 años, entendida esta como “*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado*”¹. Convivencia real y efectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común, excluyéndose de tal modo los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

Ahora, en cuanto a la sumatoria del tiempo convivido en calidad de compañera primero, y luego como cónyuge del causante, ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 3693 de 2021, que:

“...existen diversos presupuestos para acceder a la pensión de sobrevivientes derivados de la calidad de cónyuge o de compañera permanente, o de cónyuge separado de hecho, pero en cualquiera de ellos la exigencia de la convivencia debe acreditarse, bien sea cinco años con anterioridad al fallecimiento o ese mismo lapso en cualquier tiempo, según el caso.

Ahora, para efectos de probar el requisito de convivencia de mínimo 5 años a que se refiere el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la cónyuge que previamente convivió con el causante en calidad de compañera, como es aquí el caso, puede acumular los períodos de convivencia en esas dos condiciones siempre y cuando haya continuidad entre uno y otro vínculo, y la convivencia esté debidamente acreditada para cada interregno.

(...)

De modo que en ese contexto es procedente la sumatoria del tiempo que la actora convivió con el causante como compañera permanente y luego como cónyuge, que según los testimonios que se analizaron superó el lapso de mínimo 5 años continuos con anterioridad a la muerte, como lo exige el artículo 13 de la Ley 797 de 2003...” (Subraya fuera de texto).

En el presente caso, solicitó la demandante, la pensión de sobrevivientes por haber convivido con el causante Carlos Enrique Osorio Ríos, entre el 04 de mayo de 2014 y el 30 de junio de 2020, primero en calidad de compañeros permanentes y a partir

¹ CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605

del 15 de julio de 2017, como cónyuges, luego de contraer matrimonio por el rito católico. Convivencia que COLPENSIONES, ni la Juez de Primer Grado, encontraron demostrada; y que, procede la Sala, a verificar a efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la demandante.

Al respecto, al plenario se allegaron como pruebas, el expediente administrativo del causante (Archivo 23), de donde se extraen, la sentencia del Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, del 23 de abril de 2008, confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de la misma ciudad, mediante las cuales se le concedió al causante, el incremento pensional por su cónyuge a cargo, quedando demostrado dentro del mismo que éste se encontraba casado con la señora Blanca Emma Gaviria de Osorio, quien falleció el 12 de febrero de 2016; el registro civil de matrimonio por el rito católico, celebrado entre el señor OSORIO RÍOS y la demandante, el 15 de julio de 2017; solicitud del pago de incremento por cónyuge MARÍA ELENA RIOS RAMIREZ, radicada por el causante el 08 de agosto de 2017; las declaraciones extraproceso de la demandante, rendida ante la Notaría Única del Círculo de El Carmen de Viboral, el 14 de septiembre de 2020, donde informó que, *“CONVIVÍ EN UNION MARITAL DE HECHO EN FORMA CONTINUA E ININTERRUMPIDA COMPARTIENDO TECHO, LECHO Y MESA CON EL FALLECIDO CARLOS ENRIQUE OSORIO RIOS (...) DESDE EL 04 DE MAYO DE 2014 HASTA EL 29 DE ABRIL DE 2016 EN RELACIÓN SIMULTANEA Y DESDE EL 29 DE ABRIL DE 2016 HASTA LA FECHA DE SU MUERTE, LA CUAL FUE EL 30 DE JUNIO DE 2020 EN RELACIÓN AL 100% EN UNION LIBRE Y LEGO MATRIMONIAL “.*

También se aportaron las declaraciones extraproceso, rendidas en la Notaría del Círculo de La Ceja – Antioquia, el 15 de julio de 2020, por las señoras LUZ MERY y LETICIA BOTERO RÍOS, quienes manifestaron conocer a la pareja conformada por Carlos Enrique Osorio Ríos y María Elena Ríos, *“por varios años (...) Sé y me consta que Carlos Enrique convivió en unión marital de hecho en forma continua e ininterrumpida con la señora MARÍA ELENA RIOS RAMIREZ (...) desde el día 04 de Mayo del año 2014 hasta el día 15 de julio de 2017 (fecha en que contrajeron matrimonio católico), y continuaron su convivencia en legitimo matrimonio en forma continua e ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa hasta el 30 de Junio de 2020 (fecha de fallecimiento de Carlos Enrique...”;* y, las declaraciones ante la Notaría de El Carmen de Viboral, el 14 de septiembre de 2020, de los señores CRISTIAN DAVID y NELSON OSORIO GAVIRIA, hijos del causante y su primera esposa, quienes indicaron que *“ES VERDAD QUE DESDE EL 2014 NUESTRO PADRE CARLOS ENRIQUE OSORIO RIOS QUIEN FALLECIO EL 30 DE JUNIO DE 2020 DE MUERTE NATURAL EN LA CEJA ANT. SALÍA Y FRECUENTABA LA RESIDENCIA DE LA SEÑORA MARIA ELENE RÍOS DE MORALES (...) Y SABIAMOS QUE TENIAN RELACIONES EXTRAMATRIMONIALES ESPORADICAMENTE Y TAMBIÉN ES CIERTO QUE SIEMPRE VIVIÓ CON NUESTRA MADRE, SU ESPOSA, BAJO EL MISMO TECHO”.* (Subraya fuera de texto).

Asimismo, reposa en el plenario el Informe Técnico de Investigación No. COLCO-258807, rendido por la firma COSINTE LTDA, a solicitud de COLPENSIONES, para determinar la convivencia del fallecido y la actora, en el que se advierte:

“... Se entrevistó a la señora María Elena Ríos de Morales, (...) quien afirmó ser la esposa del señor Carlos Enrique Osorio Ríos (...) quienes iniciaron convivencia en unión libre en el año 2016 (sin especificar día y mes), posteriormente contraen

matrimonio el día 15 de julio de 2017, hasta el día 30 de junio de 2020. La pareja no cuenta con hijos.

Se determinó que el causante tuvo 4 hijos, de su primer matrimonio con la señora Blanca Ema Gaviria, del cual enviudó. Mayores y sin discapacidad

(...)

La solicitante manifiesta que se conocieron en una finca en la Ceja Antioquia, en el año 2014, posteriormente inician convivencia en unión libre el día 04 de mayo de 2014. Informó que la convivencia se presentó en la Vereda San Nicolás, en la Ceja Antioquia. Donde actualmente reside.

(...)

Se le realiza la pregunta de Colpensiones, lo cual la solicitante la señora María Elena ríos, manifiesta que tenían una relación sentimental con el señor Carlos Enrique Osorio Ríos, desde el día 4 de mayo de 2014, sabiendo que era casado y convivía aun con su esposa la señora Blanca Ema Gaviria.

Dice que no compartían techo, lecho y mesa, ya que solo en (sic) se quedaba por noches. Agrega que en el año 2016 fallece la señora Blanca Ema Gaviria y el día 29 de abril de 2016 inician convivencia en unión libre, hasta el día que deciden casarse el 15 de julio de 2017 y estar siempre unidos hasta el día 30 de junio de 2020, fecha de la muerte del señor Carlos Enrique Osorio.

(...)

Para verificar la información aportada por la solicitante, se realiza labor de campo, entrevistando a la señora Teresita Ocampo, identificada con cc 3918093, reside en la vereda San Nicolás en la Ceja Antioquia, teléfono 5681634, en calidad de vecina, quien manifestó conocer la relación y convivencia entre el señor Carlos Enrique Osorio y la señora María Elena Ríos, durante 6 años aproximadamente, dice que vivieron en unión libre y luego se casaron. Durante ese tiempo nunca se separaron y siempre vivieron bajo el mismo techo y asegura que la convivencia se dio durante los últimos años, en la Ceja Antioquia.

Posteriormente se dialoga con la señora Marisol Ríos, identificada con cc 39187108, reside en la vereda San Nicolás en la Ceja Antioquia, teléfono 3127721878, en calidad de vecina, quien manifestó conocer al señor Carlos Enrique Osorio y la señora María Elena Ríos durante 6 años aproximadamente, dice que vivieron en unión libre y luego se casaron. Durante ese tiempo nunca se separaron y siempre vivieron bajo el mismo techo y asegura que la convivencia se dio durante los últimos años, en la Ceja Antioquia, comenta que los implicados no procrearon hijos.

Posteriormente se dialoga con el señor Nelson Osorio, identificado con cc 15444053, teléfono 3105961802, en calidad de hijo de causante, quien afirma que su progenitor convivió con la señora María Helena Ríos de Morales, por un lapso de 5 años, alude que no procrearon hijos.

Informa que en el año 2014 inician una relación sentimental a distancia. Informa que su padre le narraba la situación, pero da constancia que la convivencia se presentó en el año 2016.

Aunado a esto se dialoga con el señor Cristian David Osorio, identificado con CC 15441482, teléfono 3504286788, en calidad de hijo del causante, quien confirmando la convivencia de su padre con la solicitante desde hace 04 años, debido a que iniciaron convivencia en el año 2017 al momento de contraer matrimonio.

Finalmente se dialoga con las señoras Leticia Botero, identificada con cc 21419822 y la señora Luz Mery Botero ríos, identificada con cc 39183710, en calidad de declarantes, quienes corroboraron la información aportada ante la notaría.

De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, no se logró establecer que el señor Carlos Enrique Osorio Ríos y la señora María Helena Ríos De Morales, hubieran convivido los últimos 5 años de vida del causante y por el tiempo manifestado por la solicitante ante la notaría y documentos aportados ante Colpensiones, desde el día 04 de mayo de 2014 hasta el día 30 de junio de 2020, fecha de fallecimiento del causante...” (Subraya fuera de texto).

De manera oficiosa la Juez de Instancia, dentro de la audiencia de trámite prevista en el artículo 80 del CPSTSS, presentó el certificado de vigencia de la cédula de ciudadanía de BLANCA EMMA GAVIRIA DE OSORIO, primera esposa del causante, cancelada por muerte, mediante la resolución 1253 del 19 de febrero de 2016 y la certificación de afiliación a Salud, de la misma señora, expedida por la ADRES, donde se advierte que, se encontraba afiliada a la EPS SURAMERICANA, del régimen contributivo, en calidad de beneficiaria, hasta el 11 de febrero de 2016 (Archivo 19).

En el curso del proceso, al absolver interrogatorio de parte, la demandante, dijo que, sostuvo una amistad muy bonita con el señor Carlos Osorio Ríos, hasta el 04 de mayo de 2014, cuando comenzaron a vivir juntos, en la Vereda San Nicolás, hasta la fecha en que se casaron; que, se conocieron en el Centro del Adulto mayor, en La Ceja – Antioquia, ambos iban allá, se encontraron y se fueron “*encarretando*”, como novios y amigos; que, cuando conoció al causante, él vivía con un hijo y una nuera, en una vereda de nombre El Canadá, que queda yendo para Rionegro – Antioquia; que, el señor Carlos Osorio era casado, con la señora Blanca Emma Gaviria, pero ella falleció porque tenía cáncer; manifestó no saber la fecha de fallecimiento de la señora Blanca Emma, ni hasta cuándo convivió el causante con ella; que, simplemente él le contó que la esposa había fallecido, y que no se quería quedar sin compañera; que, cuando ella conoció al señor Osorio Ríos, ya la esposa había fallecido; que, no procrearon hijos; que la actora tiene 5 hijos de una relación anterior; que, el señor Carlos Enrique Osorio Ríos, falleció en la casa, en La Ceja, de un infarto; que el sepelio y los gastos de entierro, los asumió un seguro que el causante tenía; que, desde que comenzó a vivir con el causante, ella conoció a los 3 hijos de él, Nelson, Cristian y Carlos Mario; que, actualmente no se encuentra afiliada a ninguna EPS, porque su esposo, a partir del año 2017, la tenía afiliada a SURA, pero luego de su fallecimiento permaneció como un año más ahí y luego la desafiliaron; que, como el causante, era pensionado no se dedicaba a ninguna actividad en particular; que, con la mesada pensional hacían mercado y pagaban arriendo; aceptó con posterioridad que, cuando conoció al causante, la esposa de éste aún vivía, pero estaba muy enferma, y qué, él le decía que no quería quedarse solo, entonces empezaron a “*comunicarse*”; que vivieron en arriendo con el causante, donde una hermana de la actora, luego de que se casaron y después ya organizaron su casa; que, el causante vivía medicado y en constantes controles por la EPS SURA.

También declaró en el proceso el señor DUVÁN DARÍO MORALES RÍOS, quien dijo ser hijo de la demandante, informó que conoció al señor Carlos Osorio en alguna oportunidad en que acompañó a su mamá al parque y ella se lo presentó como un amigo más o menos entre los años 2013 a 2014; que, el causante, no estaba casado

y que desconoce cuándo enviudó; que la convivencia comenzó en la casa de la demandante en la vereda San Nicolás donde duraron 2 años juntos y luego se fueron a pagar arriendo donde una tía porque estaba muy estrechos y amontonados; que, ellos se trastearon en el año 2016; aseguró que la convivencia de la pareja Osorio – Ríos, comenzó en mayo de 2014, fecha que recuerda con claridad porque era el mes de la madre y lo celebraron todos juntos; que, el causante era pensionado, le gustaban los juegos de azar; que, al momento de su fallecimiento estaba en la casa con la actora; no precisó el testigo la fecha en que conoció a los hijos del fallecido.

Así las cosas, analizado el material probatorio en todo su conjunto no cabe duda para la Sala, que, la demandante, no acreditó la convivencia con el causante, por un lapso de tiempo igual o superior a 5 años; téngase en cuenta que ésta misma aceptó dentro de la investigación adelantada por COLPENSIONES, que sólo a partir del *“29 de abril de 2016 inician convivencia en unión libre, hasta el día que deciden casarse el 15 de julio de 2017”*, hecho ratificado por los hijos del fallecido, señores CRISTIAN DAVID y NELSON OSORIO GAVIRIA, quienes afirmaron en entrevista con COLPENSIONES, que la convivencia del señor OSORIO RIOS y la actora, *“se presentó en el año 2016”, “desde hace 04 años, debido a que iniciaron convivencia en el año 2017 al momento de contraer matrimonio”*; además, según declaración extraprocés, también rendida por estos, el óbito, siempre convivió con su señora madre, BLANCA EMMA GAVIRIA DE SORIO, hasta el fallecimiento de ésta, el 12 de febrero de 2016, que *“ES VERDAD QUE DESDE EL 2014 NUESTRO PADRE CARLOS ENRIQUE OSORIO RIOS QUIEN FALLECIO EL 30 DE JUNIO DE 2020 DE MUERTE NATURAL EN LA CEJA ANT. SALÍA Y FRECUENTABA LA RESIDENCIA DE LA SEÑORA MARÍA ELENA RIOS DE MORALES (...) Y SABIAMOS QUE TENÍAN RELACIONES EXTRAMATRIMONIALES ESPORADICAMENTE”*, desvirtuando así las afirmaciones hechas por LUZ MERY y LETICIA BOTERO RÍOS en las declaraciones extraprocés presentadas ante COLPENSIONES y las entrevistas de TERESITA CAMPO y MARISOL RIOS, vecinas de la pareja OSORIO - RÍOS, que hicieron parte de la investigación adelantada por la demandada.

Teniendo en cuenta lo anterior, advierte la Sala, que aun efectuando la sumatoria del tiempo que la actora, convivió con el causante, como compañera permanente y luego como cónyuge, no supera el lapso de mínimo 5 años continuos con anterioridad a la muerte, como lo exige el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues, sólo se demostró una convivencia efectiva, compartiendo lecho, techo y mesa desde entre el 29 de abril de 2016 y el 30 de junio de 2020, fecha del deceso de CARLOS ENRIQUE OSORIO RIOS; lo que conduce a la Sala, a confirmar la sentencia consultada.

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el 01 de noviembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARÍA ELENA RÍOS DE MORALES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme a la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la alzada. Se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105031202100242-01

En Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de 2023, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Retroactivo pensional e intereses moratorios

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de los intereses de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en lo por ella no recurrido, contra la sentencia del 17 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUÍS HERNAN ÁLVAREZ en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, previo los siguientes:

ANTECEDENTES

LUÍS HERNAN ÁLVAREZ, promueve demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que se declare que no se dio trámite a la solicitud del 27 de agosto de 2016, impidiendo reconocer pensión de invalidez desde el 11 de septiembre de 2017 en virtud a la nueva calificación de pérdida de capacidad laboral, se condene al retroactivo pensional desde el 11 de septiembre de 2017 hasta el 10 de noviembre de 2017, se reliquide mesada pensional junto con la indexación, indemnización por daños morales y perjuicios, costas y agencias en derecho y aplicación de las facultades extra y ultra petita. (archivo 001. DEMANDA 18052021_123037.pdf folios 1-2 virtuales)

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que; el 23 de agosto de 2016 ASALUD LTDA. Notifico el dictamen 2016170516NN, en el que se informó pérdida de capacidad laboral del 34.65% y una deficiencia ponderada del 20.76% con fecha de estructuración del 27 de julio de 2016, que el 27 de agosto de 2016 se impugno el dictamen, que radico solicitud de pensión anticipada de vejez por invalidez el 11 de septiembre de 2017 ante COLPENSIONES, que el 28 de junio de 2017 se presentó petición en relación al dictamen y tutela ante la no respuesta el 22 de septiembre de 2017, que el 25 de septiembre de 2017 se notificó la Resolución SUB 200642 del 20 de

septiembre de 2017 en donde se negó el reconocimiento pensional, que se interpusieron los recursos de ley, que mediante solicitud del 24 de julio de 2018 nuevamente se solicita la revisión del dictamen, se interpone tutela para que se dé trámite el cual inicia el 21 de noviembre de 2018, el 7 de noviembre de 2019 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Cundinamarca y Bogotá ratifican dictamen 19487138-1812 con PCL del 45.41%, deficiencia del 25.11 y fecha de estructuración del 27 de julio de 2016, que se interpuso otra acción de tutela para que se estudiara la solicitud de la prestación pensional, que la demandada emite la resolución No. SUB 34689 del 6 de febrero de 2020, en donde se reconoce una pensión de vejez a partir del 11 de noviembre de 2019 con una mesada pensional de \$1.154.383.00, que se interpuso los recursos de ley solicitando el reconocimiento y pago de retroactivo pensional, que en fallo de tutela del 17 de julio de 2020 el Juzgado 28 Administrativo del Circuito de Bogotá consideró que la reclamación de un retroactivo pensional debe ser solicitada por la vía ordinaria. (archivo 001. DEMANDA 18052021_123037.pdf folios 2-5 virtuales)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y COLPENSIONES, esta última dio contestación a través del archivo (011. Contestación de la Demanda.pdf folios 3 al 11 virtuales), en donde se opuso a todas las pretensiones, bajo el argumento de que la entidad ha actuado de buena fe, que se concedió una pensión de vejez por incapacidad en cumplimiento del fallo de tutela emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Tercera de Decisión Laboral que modificó el fallo proferido por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, que de acuerdo a la historia laboral el demandante presenta cotizaciones como independiente hasta el mes de noviembre de 2019, por lo que el reconocimiento fue procedente a la fecha inmediatamente siguiente de la última cotización efectuada esto es el 11 de noviembre de 2019, en cumplimiento del artículo 13 del Decreto 758 de 1990. Como medios de defensa propuso las excepciones de fondo que denominó; inexistencia del derecho y la obligación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 17 de noviembre de 2021, condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de un retroactivo pensional por pensión especial de vejez por discapacidad a partir del 10 de septiembre de 2017 al 10 de noviembre de 2019 por un monto de \$31.563.397.00 debidamente indexada a partir del 11 de noviembre de 2019 hasta que se realice el pago total de la obligación, a costa y agencias en derecho y absolvió de las demás pretensiones.

La A quo argumento; que los requisitos que consagra el parágrafo 4 de la Ley 797 de 2003 son concurrentes para el reconocimiento pensional, la petición realizada por el demandante el 28 de junio de 2017 en donde solicita el reconocimiento de la prestación pensional estaba llamado a no prosperar, si

bien el demandante para dicha calenda contaba con más de 1.000 semanas, no tenía los 55 años de edad, los cuales cumplió el 10 de septiembre de 2017, aparece una nueva solicitud a la que se refiere la resolución SUB 200642 del 20 de septiembre del año 2017 acreditando para esa fecha 2 presupuestos la edad y la densidad de cotizaciones, pero no el dictamen de pérdida de capacidad laboral, ya que el dictamen del 12 de julio de 2019 quedo ejecutoriado el 7 de noviembre de 2019 fecha para la cual debía proceder a realizar su solicitud, tal dictamen indico como fecha de estructuración del 29 de julio de 2016, por lo que el pago del retroactivo pensional solo procede cuando el demandante cumple 55 años de edad esto es el 10 de septiembre de 2017 hasta el 10 de noviembre de 2019; en cuanto, a los perjuicios daños morales y económicos, dijo que no proceden, dado que no se tiene la prueba idónea, no se acoge el criterio por supuestos facticos como que el dictamen estaba mal, que fueron circunstancias imputables a COLPENSIONES que el dictamen primigenio no se hubiese expedido acorde a lo dictaminado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, bajo las facultades ultra y extra petita se condenará a la indexación a partir del 11 de noviembre de 2019 hasta la fecha en que se realice el pago total de la obligación.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación en los siguientes términos:

Manifiesta que el parágrafo 4 artículo 33 de la Ley 100 de 1993 consagra que se deben acreditar varios requisitos y además la fecha de causación y disfrute se regirán por las mismas reglas que gobiernan la pensión de vejez, por lo que, procede el reconocimiento a partir de la última cotización efectuada, ello conforme a lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 20 de junio de 2020 con radicado 41754.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley la parte demandante a través de su apoderado solicito se confirme la decisión tomada por la juez de primera instancia, para lo cual reitero los presupuestos establecidos en la demanda, por su parte la demandada COLPENSIONES guardo silencio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver este grado jurisdiccional previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

El mismo se circunscribe a establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de su pensión desde el 10 de septiembre de 2017 o la fecha en que realizo su última cotización en noviembre de 2019, para lo cual el Despacho verificará lo correspondiente a la novedad de retiro, la excepción de

prescripción y costas procesales, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 66A del CPTSS.

DEL STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

Tal como lo advirtió la primera instancia, COLPENSIONES, a través de la Resolución SUB 34689 del 6 de febrero de 2020, otorgó pensión de vejez por incapacidad al demandante a partir del 11 de noviembre de 2019, en cuantía inicial de \$1.154.383.00, pensión que se concedió bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003 y fallo de tutela Rad. 2019 – 00730 del 28 de enero de 2020 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Tercera de Decisión Laboral que modifica el fallo proferido por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá y Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (archivo 003. PRUEBA18052021_123054.pdf, fls 31-40).

DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Sobre el tema en particular, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que: *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”*

En tal sentido la sentencia CSJ - SL del 24 marzo 2000, rad. 13425; precisó:

*“1-. Tal como lo resalta el impugnante, no es dable confundir la causación de la pensión de vejez con su disfrute. **La primera ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente; en cambio, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, una vez causada la pensión, están en función del momento en que lo solicite el afiliado, pero siempre y cuando haya acreditado su desafiliación al seguro de vejez.**”*

(...)

“La desafiliación del seguro de invalidez, vejez y muerte puede disponerla el Instituto de Seguros Sociales por iniciativa del empresario o por petición del interesado en obtener la referida pensión, siempre que haya acreditado los requisitos pertinentes.”

“Precisamente una de las finalidades de la pensión es reemplazar el salario, esto es, suplir la pérdida de ganancia del mismo.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Mas adelante, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en relación con la novedad de retiro y el reconocimiento a un retroactivo pensional en providencia No. SL2149-2019, dijo:

*“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).

En este orden, podría decirse que, si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en 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).». (Negrilla y subrayado resaltado por la Sala)

En este orden de ideas, como quiera que el señor LUÍS HERNÁN ÁLVAREZ cumplía con los requisitos necesarios para acceder a la prestación pensional consagrados en el parágrafo 4 artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 artículo 9, dado que cumplió 55 años de edad el 10 de septiembre de 2017, para dicha data contaba con 1.239.42 semanas y con una deficiencia del **25.11%**, así lo refiere el dictamen No. 19487138-1812 del 12 de julio de 2019 emitido por la Junta Regional de Calificación de invalidez, que indica fecha de estructuración el 29 de julio de 2016 y un total de pérdida de capacidad laboral del 45.41%, como bien lo interpreto la A quo, al considerar que el concepto de deficiencia exigido en la pensión especial de vejez, es solo un componente del concepto de invalidez el cual puede alcanzar el tope del 50%, pero para alcanzar la prestación aquí pretendida, solo se requiere el 25% de esa calificación general, que es el 50% de la deficiencia calificada en el dictamen de invalidez.

Si bien, para el 11 de septiembre de 2017 fecha en la que se adelantó por primera vez la solicitud de la pensión de vejez anticipada por el demandante no se cumplía con los requisitos establecidos en la norma, ya que no se tenía certeza del porcentaje de la deficiencia que poseía el señor Luís Hernán Álvarez, lo cierto, es que el dictamen expedido el 12 de julio de 2019 ejecutoriado el 7 de noviembre de ese mismo año, confirmo que en efecto el demandante tiene derecho al retroactivo pensional reclamado, sin necesidad que se le exija novedad de retiro, ya que se vio obligado a continuar cotizado

ante la demora de los entes competentes para determinar la pérdida de capacidad laboral.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2021 por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró LUÍS HERNÁN ÁLVAREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandada COLPENSIONES en la suma de \$1.500.000.00 pesos, dadas las resultas del proceso. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105009201800283-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 03 de noviembre de 2022, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA CONSUELO CARREÑO AVELLANEDA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

MARTHA CONSUELO CARREÑO AVELLANEDA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad de su afiliación o traslado del RPM al RAIS, administrado por la AFP HORIZONTE, y de su movilización por fusión o absorción a la AFP PORVENIR S.A.; que, se declare que al 01 de abril de 1994, contaba con 35 años, por lo que es beneficiaria del régimen de transición, lo que conlleva su retorno automático al RPM administrado por COLPENSIONES; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., anular su afiliación y reporte en el sistema SIAFP, quedando válidamente asignada a COLPENSIONES, como única entidad encargada de administrar sus recursos pensionales, y que, en un término improrrogable de un mes proceda a trasladar a COLPENSIONES, todos los saldos, tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes a riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, junto con sus rendimientos, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC; que se ordene a COLPENSIONES a recibir todos los aportes girados por

la AFP PORVENIR S.A., y realice el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con las mesadas indexadas, el retroactivo pensional, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas, gastos, expensas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 01 de mayo de 1958; que, al 01 de abril de 1994, tenía 35 años y 11 meses de edad, por lo que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que, laboró de manera continua y discontinua, para entidades del sector público y privado, desde el 26 de septiembre de 1989 hasta el 31 de diciembre de 2017.

Indicó que, estuvo afiliada al RPM administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales, del 26 de septiembre de 1989 al 29 de julio de 1994, pues, a partir de la última fecha, aparece con vinculación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, según formulario No. 045704 del 29 de julio de 1994, en cuya elaboración no tuvo ninguna participación y sólo estampó su firma, haciéndole creer la AFP, que se trataba de una decisión libre, espontánea y sin presiones, cuando con ello restringió su voluntad de selección y afiliación, pues, no se le suministró información exacta, suficiente, ni que reflejara las consecuencias verdaderas de su cambio de régimen pensional.

Refirió que, el formulario de vinculación a la AFP HORIZONTE, no contenía toda la información de los derechos y las obligaciones recíprocas equivalentes al traslado de régimen; que, nada se le indicó sobre los pormenores del negocio, sus beneficios e inconvenientes, tampoco acerca de las ventajas de un traslado de régimen, ni de la opción de retractarse; que, HORIZONTE, le dio una información parcial y equivocada, pues, al reclamar su derecho pensional, el ofrecimiento fue totalmente distinto a lo que realmente le correspondería.

Manifestó que, nunca se le informó sobre la fusión o absorción por parte de la AFP PORVENIR S.A.; que, nada se le advirtió respecto a la posibilidad de regresar al RPM, dentro de los 3 o 5 años siguientes a la afiliación, ni del capital necesario para obtener la pensión de vejez; que, estando en el RAIS, no se le asesoró acerca de la forma en que se adquiere la prestación por vejez, en el RAIS o en el RPM; que, para 1994, devengada como salario \$500.000, es decir, 5 veces más del salario mínimo legal mensual vigente para la época, sin que, la AFP, le haya realizado una proyección de su pensión; que, presentó reclamación ante COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no

constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslado y solicitudes elevadas por la actora.

COLPENSIONES, propuso las excepciones de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el RPM, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica (fls. 5-14 Archivo 02).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, también advirtió que, desde el 17 de julio de 2018, a la actora se le aprobó la pensión de vejez, que viene disfrutando bajo la modalidad de retiro programado; formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, buena fe y compensación (fls. 99-117 Archivo 02).

Por auto del 19 de junio de 2019, se ordenó vincular al proceso a la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** (fl. 130 Archivo 01), quien una vez notificada informó que, es imposible declarar la nulidad del traslado de la demandante al RAIS, pues, esta ostenta la condición de pensionada por vejez de la AFP PORVENIR S.A., ya que, luego de emitido y redimido su bono pensional, la señora MARTHA CONSUELO CARREÑO AVELLANEDA, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión, la cual le fue otorgada desde junio de 2018. Alegó como excepciones, la inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, improcedencia de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, obligación legal de reintegrar los valores reconocidos por concepto de bono pensional tipo A, ante la nulidad o ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, buena fe, prescripción y la genérica (fls. 152-169 Archivo 02)

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

La AFP PORVENIR S.A., formuló demanda de reconvencción, para que se declare que le reconoció la pensión de vejez a la señora MARTHA CONSUELO CARREÑO AVELLANEDA, en la modalidad de retiro programado desde junio de 2018, recibiendo la mesada pensional desde esa fecha de forma ininterrumpida, por lo que, en caso de decretarse la nulidad de su afiliación al RAIS, este debe restituir los pagos realizados por concepto de mesadas pensionales hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, junto con los intereses moratorios liquidados con base en las cuantías pagadas por cada una de las mesadas percibidas y las costas de la demanda de reconvencción. De manera subsidiaria solicitó que las sumas adeudadas sean indexadas.

Como fundamento de estas pretensiones, indicó que, la señora MARTHA CONSUELO CARREÑO AVELLANEDA, se afilió a la AFP HORIZONTE, desde el 01 de agosto de 1994; que, el 18 de junio de 2018 presentó solicitud de pensión de vejez, diligenciando el respectivo formulario, además firmó su historia laboral

para la emisión del bono pensional; que, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió la resolución 18050 del 24 de mayo de 2018, por lo que, el bono pensional se encuentra pagado y acreditado en la cuenta de ahorro individual de la demandada en reconvención, por un total de \$129.227.000, con fecha de redención 01 de mayo de 2018; que, en el mes de junio de 2018, le fue reconocida a la accionada en reconvención, pensión de vejez, con una mesada inicial de \$1.947.484 (fls. 118-129 Archivo 02).

CONTESTACIÓN DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Por auto del 07 de octubre de 2020, se tuvo por no contestada la demanda de reconvención (fls. 8-9 Archivo 05); decisión confirmada por esta Sala, mediante providencia del 29 de abril de 2022 (Archivo 07).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 03 de noviembre de 2022, el Juzgado Nueve (09) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la AFP PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante; declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la obligación impetradas por COLPENSIONES y las de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación propuesta por PORVENIR; absolvió a la demandante, de las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención. Condenó en costas a la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la demandante, interpuso recurso de apelación, argumentando que, de acuerdo con el análisis de la Juez de Primer Grado, quedó demostrado dentro del proceso que al momento del traslado de la actora, al RAIS, la AFP HORIZONTE, no cumplió con su deber de información clara y suficiente respecto a las condiciones y consecuencias del cambio de régimen pensional; que, cuando se interpuso la demanda, la actora, no había solicitado aún la pensión de vejez, por lo tanto, cuando ésta se acercó en junio de 2018 a la AFP PORVENIR, esa Administradora, debió negarse a entregar el formulario y tramitar la solicitud pensional, por estar en curso esta acción judicial, tampoco cumplió en ese momento la demandada, con el deber de asesoría, información y un buen consejo; que, no puede hablarse de una afectación a la sostenibilidad financiera del sistema pensional, por declarar la ineficacia del traslado de régimen de un pensionado, sin que la AFP PORVENIR S.A., hubiere realizado un cálculo actuarial, para ver la rentabilidad y la diferencia entre la mesada pensional que le hubiese correspondido en COLPENSIONES, frente a la otorgada por PORVENIR S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la demandante, solicitó revocar la sentencia apelada, y declarar la ineficacia, pues, aunque existen precedentes jurisprudenciales, que determinan la imposibilidad de tal declaratoria para los afiliados al RAIS, que adquirieron el estatus de pensionado, al existir un nuevo concepto a partir del año 2021, este es hacia el futuro y no para hechos adquiridos en el año 2018 como la actora; además que, en el presente caso, es claro que la AFP PORVENIR S.A. tenía el deber de diligencia, y además debía cumplir con el deber de informar las diferentes alternativas e inconvenientes del Régimen de ahorro individual, lo cual no cumplió ni al momento del traslado inicial, ni cuando tramitó la solicitud de pensión de vejez, actuando con deslealtad y premura, pues, desconoció que para el año 2018, ya se había interpuesto esta demanda.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al negar la ineficacia del traslado de la actora, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por ostentar la calidad de pensionada, en dicho régimen.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de**

dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.

Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones 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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito

de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Por tanto, la carga de la prueba le corresponde a la Administradora privada de pensiones demandada, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga

dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Ahora bien, además de los presupuestos antes mencionados, ha expresado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 84475 del 10 febrero de 2021, que, para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, la demandante, no debe haber adquirido el estatus jurídico de pensionado, pues *“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 (...) 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”*; razón por la cual, esa Corporación, determinó *“abandonar el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado”*; resaltando que, el pensionado, que se considere lesionado en su derecho puede reclamar la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el petitum de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso, al respecto, indicó:

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

(...)

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

aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

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

En el presente caso, militan como pruebas, solicitud de vinculación No. 045704 del 29 de julio de 1994, a Horizonte Pensiones y Cesantías, firmada por la demandante; historia laboral expedida por la AFP PORVENIR S.A., donde acredita la actora, al mes de abril de 2017, un total de 1.165 semanas; simulación de la pensión de vejez de la actora, elaborada por PORVENIR S.A.; reclamación administrativa presentada ante COLPENSIONES y derecho de petición radicado ante la AFP PORVENIR S.A., el 05 de diciembre de 2017, solicitando anular el traslado de la actora al RAIS; reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES; consulta SIAFP, que da cuenta del traslado de la actora a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, el 29 de julio de 1994; historia valida para bono pensional, de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante; formato de reclamación de prestaciones económicas con fecha 18 de junio de 2018 firmado por la demandante; solicitud de pensión de vejez diligenciada el 19 de junio de 2018; contrato de retiro programado para el pago de mesadas pensionales suscrito entre MARTHA CONSUELO CARREÑO AVELLANEDA y PORVENIR S.A., del 18 de junio de 2018; historia laboral oficial y válida para bono pensional firmada por la actora; comunicación del 17 de julio de 2018, donde la AFP PORVENIR S.A., le informó a la demandante, la aprobación de su pensión de vejez, en cuantía de \$1.947.484; formulario de liquidación pensional de PROVENIR S.A.; resolución 18050 del 24 de mayo de 2018, por medio de la cual la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dispuso emitir y ordenar el pago del bono pensional, entre otros, de la actora como afiliada al RAIS (archivos 01, 02 y 02.1).

Al absolver interrogatorio de parte, la representante legal de la AFP PORVENIR S.A., manifestó que, la información brindada a la actora, al momento de su afiliación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, se hizo conforme al Decreto 692 de 1994, dando a conocer las condiciones de cada régimen pensional, optando ésta por el RAIS, lo cual manifestó a través del formulario de afiliación, documento idóneo conforme a la Superintendencia Financiera y el Decreto mencionado, para plasmar la voluntad de afiliación o traslado; que, a la demandante, se le informó la posibilidad que tenía de retornar al RPM, antes de cumplir los 57 años de edad, lo cual hizo en su momento la AFP, de forma masiva a sus afiliados por carta o correo electrónico; que, con ocasión a la solicitud presentada por la demandante, de manera libre y voluntaria, se le reconoció la pensión de vejez y previo a ello, se le indicaron las condiciones pensionales que iba a tener, ella hizo el trámite pensional, firmó y aceptó.

La demandante, indicó que, ella no solicitó la pensión de vejez, sino que la AFP PORVENIR S.A., se la ofreció, ella fue a una oficina de la Administradora, le hicieron una simulación, que no le pareció conveniente, pidió la devolución del dinero, pero se la negaron porque ya tenía la edad para pensión y el ahorro para acceder al derecho, y como era la única opción que le daban, aceptó, le pasaron un formulario y firmó varios documentos; que, en el año 2017, vio que algunos compañeros se estaban cambiando de régimen pensional, también familiares y en los medios de comunicación también se hablaba del tema, entonces se acercó a PORVENIR S.A., a indagar por su situación pensional, preguntó si estaba perdiendo dinero y le dijeron que si y no, porque en las Administradoras privadas de pensiones, se pierde y se gana; que, en el 2018, regresó, le hicieron una simulación y aceptó lo que le ofrecieron, porque además en ese momento ya no estaba haciendo aportes; que, le explicaron que había una modalidad vitalicia y otra que es donde el dinero permanece en PORVENIR; que, su intención de regresar al RPM, se dio porque siente que cuando se cambió de régimen pensional, le dijeron que se habían creado unos fondos para favorecer a los trabajadores, que, el ISS, tenía problemas y se iban a perder las semanas, que, su dinero tendría unas utilidades y unos rendimientos que le garantizarían una mejor pensión, creyó de buena fe en esa información, entonces se cambió y después, se dio cuenta que nada de lo que le habían dicho era cierto; que, se siente engañada; que, al momento de su traslado al RAIS, no le explicaron las condiciones para pensionarse en el RAIS y en RPM; que, en el año 1994, cuando el asesor de HORIZONTE, le ofreció el cambio de Administradora, ya incluso el formulario traía una parte diligenciada, le dijeron que revisara la información y firmara el documento para que el empleador comenzara a pagar los aportes a la nueva AFP.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que, aun cuando la AFP PORVENIR S.A., no acreditó el cumplimiento de su deber de información, brindándole a la demandante, información clara, precisa, oportuna, veraz y suficiente acerca de las características del RAIS, las posibles consecuencias que traería esa decisión para su futuro pensional; lo cierto es que, al haberle reconocido, la pensión de vejez, a partir de junio de 2018, se creó una situación jurídica consolidada, un hecho consumado que al tenor del precedente jurisprudencial antes citado, no es posible revertir; máxime cuando, la actora, en el curso del presente proceso, decidió no esperar a la definición de este litigio, sino que optó por el reconocimiento del derecho pensional; resultando acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al negar las pretensiones de esta acción.

De otra parte, adicionalmente advierte la Sala, que tampoco es dable en esta Instancia analizar la posible indemnización que correspondería a la actora pensionada, por la falta al deber de información cuando se suscribió el traslado de régimen Pensional, ya que la misma no fue objeto de este litigio, y el Juez de Segunda Instancia no puede pronunciarse por fuera o más allá de lo pedido, ya que la parte demandada no puede ser condenada por hechos respecto de los cuales no pudo ejercer su derecho de contradicción y defensa (CSJ Sentencias SL 8716 del 2 de julio de 2014 y SL 9518 del 22 de julio de 2015).

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en la alzada a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de noviembre de 2022, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARTHA CONSUELO CARREÑO AVELLANEDA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$580.000.00., a favor de cada una de las demandadas. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105004202100284-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el veintitrés (23) de enero de 2023 por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LILIANA MAYOR AGREDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Liliana Mayor Agredo, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que declare la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS administrado por PORVENIR, por omisión al deber de información, en consecuencia, se ordene a PORVENIR trasladar todos los aportes de la demandante junto con sus rendimientos, con el detalle de los

aportes, a COLPENSIONES como administradora del RPM, ordenar a COLPENSIONES activar la afiliación desde el 1 de agosto de 1999, recibir el traslado de los aportes y responder por los derechos pensionales de la demandante, a lo extra y ultra petita, costas procesales y agencias en derecho, de forma subsidiaria, ordenar a PORVENIR pagar a la demandante decremento pensional calculado en dictamen pericial como consecuencia, de la omisión a los deberes y obligaciones de información.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 13 de junio de 1966, que en febrero de 1990 se afilió al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, que el 29 de junio de 1999 diligenció formulario de afiliación con PORVENIR S.A. trasladándose al RAIS, que para el momento no se dio la información correspondiente, ni durante todo el tiempo que estuvo afiliada, que el 25 de marzo de 2021 se radico a COLPENSIONES la solicitud de declaratoria de nulidad el traslado de régimen y se solicitó la consecuente reactivación de la afiliación, que el 25 de marzo de 2021 la entidad dio respuesta indicando que no es posible activa la afiliación, que en la misma fecha de la respuesta de COLPENSIONES se adelantó la solicitud a PORVENIR, quién también negó lo solicitado el 21 de abril de 2021, que ha cotizado durante toda su vida laboral más de 1.550 semanas.

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y Porvenir S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de mérito que denomino; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (archivo 05ContestaPorvenir.pdf, fls. 27 a 29).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de

Sostenibilidad Financiera del Sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica. (archivo 06ContestaColpensiones.pdf, fls. 14 a 21).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el veintitrés (23) de enero de 2023 por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR realizada el agosto de 1999, en consecuencia, declaró para todos los efectos legales que la afiliada nunca se trasladó de régimen, condeno a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados por el periodo que la demandante permaneció afiliada, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, ordeno a COLPENSIONES se efectúe el trámite correspondiente, acepte sin dilación el traslado de la demandante al RPM con sus correspondientes aportes, declaro no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condeno a PORVENIR en costas.

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y Porvenir S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque de manera integral y en su lugar se absuelva Porvenir S.A., argumentó que; la demandante al momento del traslado era una persona capaz, por lo que su decisión fue libre y voluntaria para el traslado de régimen, luego de recibir una información necesaria, de otro lado, en el año 2004 los fondos de pensiones realizaron una publicación en diario de amplia circulación, en donde se informó a los afiliados que podían trasladarse de fondo si así lo deseaban, en virtud, a la transición que trajo consigo la ley 797 de 2003, por último, es importante precisar que a la demandante le aplica la restricción establecida por la norma en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo ante no se comparte la posición

del Despacho, ni los efectos jurídicos aplicados, cabe resaltar que a la demandante también le asistía el deber de informarse y cerciorarse de los servicios que deseaba contratar, pues debía indagar sobre las características y demás condiciones al querer trasladarse de régimen pensional, respecto a la condena de los rubros que se ordenaron trasladarse la norma indica cuales son los rubros a trasladar siendo solo el saldo de la cuenta individual más los rendimientos, lo que impide que se pueda devolver sumas diferentes a las referidas en dicha norma, máxime cuando estas no financian la prestación del afiliado, de lo contrario se incurriría en un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante y COLPENSIONES, en detrimento de PORVENIR, viéndose obligada a solicitar a la compañía de seguros la devolución de los dineros, la indexación es improcedente ya que a la demandante se le ha garantizado rendimientos financieros superiores a los mínimos, además de que su cuenta no ha sido afectada por el fenómeno de la inflación, por lo que deben realizarse una restituciones mutuas y que de los rendimientos financieros generados a la demandante se hagan los descuentos correspondientes por conceptos de gastos de administración, seguros y demás rubros.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, manifestó que; para que se estudie lo correspondiente a la inversión de la carga de la prueba, ya que no puede ser considerada la parte demandante como débil a tener las capacidades de ilustrarse, las actuaciones realizadas por la entidad se dieron en virtud a la buena fe, frente a la negativa de recibir nuevamente a la demandante en el RPM, es en virtud a lo establecido en la ley en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues dicho traslado afecta lo sostenibilidad financiera y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, ya que la demandante cumple con los requisitos para pensionarse, viéndose beneficiada de los demás afiliados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente el apoderado de la demandada PORVENIR reitero la solicitud de revocatoria, entre las razones jurídicas y fácticas indico, frente a la ineficacia del traslado que ninguno de los presupuestos legales, alegados se demostraron en el proceso, que la parte demandante tenía derecho de retracto y no hizo uso de el, sobre la libertad de escogencia, frente a la acreditación del deber de información a cargo de Provenir donde prima la voluntad del afiliado, la imposición de cargas probatorias inexistentes, el deber de realizar un análisis crítico y en conjunto de la pruebas en cada caso, la diferencia legal de la ineficacia y la nulidad de los casos jurídicos y sus efectos, en donde hay cabida a las restituciones mutuas, la línea jurisprudencial de la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la inexistencia del acto jurídico de traslado

pensional, la buena o mala fe de las partes en las restituciones mutuas y sobre la indexación de las condenas impuestas la cual es a todas luces improcedente. De otro lado, las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si lo correspondiente a la prohibición del literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993 debe ser aplicado y **iii)** si Porvenir S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 25 de marzo de 2021, donde se solicita se anule la afiliación al RAIS (archivo 01DemandaAnexos.pdf, fls. 49 a 50).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes

de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones 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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir

en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**”*
(Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto

a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el trece (13) de junio de 1966 (archivo 01DemandaAnexos.pdf, fl. 70), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 21 de febrero de 1990 al 31 de junio de 1999 un total de 438.86 semanas (archivo 01DemandaAnexos.pdf, fl. 70), iii) que el veintinueve (29) de junio de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de agosto de 1999 (archivo 05ContestaProvenir.pdf, fl. 78) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.556 semanas (archivo 05ContestaPorvenir.pdf, fl. 87).

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Liliana Mayor Agredo asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca

ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no

todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”. (Negrilla fuera de texto)

Por último, respecto a la condena de indexar los conceptos que se ordenan devolver, está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, si bien no se solicitó por la parte demandante, lo cierto es que el Juez laboral cuenta con la facultad extra petita, otorgando a la parte demandante derechos por fuera de lo pedido, siempre que se encuentre probado, es así como no solo los efectos de nulidad aplicables a la ineficacia dan lugar a ello, sino del material probatorio al realizarse el correspondiente interrogatorio de parte a la demandante, se establece que la misma no conocía de las características del RAIS, pues los rendimientos financieros de los aportes, que en tesis de la demandada Porvenir S.A. equiparan las deducciones realizadas, no pueden ser tenidos en cuenta así, dado que nunca aportó pruebas documentales en las que conste los aportes de la demandante, con las correspondientes deducciones en comparación con los supuestos rendimientos, con el fin de verificar si se conservaban los aportes que hubiera hecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, máxime, cuando los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado y sus riesgos, ya que los mismos se encuentran clasificados, los cuales pueden ser altos, moderados o conservadores, resultando totalmente superfluo. Aunado a lo anterior, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria a través de varios

pronunciamientos judiciales ha ordenado la indexación de los dineros que se deben trasladar al RMP administrado por COLPENSIONES en casos en los cuales se estudia la ineficacia del traslado de régimen.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el veintinueve (29) de junio de 1999 con efectividad el 1 de agosto de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veintitrés (23) de enero de 2023 por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido POR **LILIANA MAYOR AGREDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE**

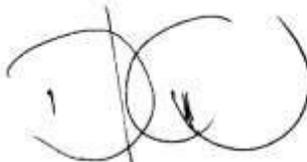
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105029202100314-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, contra la sentencia proferida el 04 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **AMED RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

AMED RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se condene a ésta a reliquidar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por valor de \$20.825.859, debidamente indexada; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, mediante resolución SUB 193949 del 11 de septiembre de 2020, le fue reconocida indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en la suma de \$60.860.897, correspondiente a 880 semanas; que, contra esa decisión interpuso los recurso de ley, siendo confirmada por las resoluciones SUB 242051 del 09 de noviembre de 2020 y DPE 15523 del 18 de noviembre de 2020.

Refirió que, realizó la liquidación de la indemnización sustitutiva, arrojando la suma de \$81.686.756, por lo que existe a su favor, una diferencia de \$20.825.859 (Archivos 01 y 04).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada de la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, dio respuesta oportunamente, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones; aclarando que, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, reconocida al actor, mediante la resolución SUB 193949 del 11 de septiembre de 2020 y confirmada por las resoluciones SUB 242051 del 09 de noviembre de 2020 y DPE 15523 del 18 de noviembre de 2020, se encuentra ajustada a derecho, dado que la misma se dio en aplicación del Decreto 1730 de 2001, que reglamentó el 37 la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las demás que se encuentre probadas y puedan ser declaradas de oficio por el Juez (Archivo 08).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 04 de agosto de 2022, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES, a pagar a favor del demandante, la suma de \$5.472.757 por concepto de reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, valor que deberá ser indexada según el IPC certificado por el DANE al momento de su pago. Condenó en costas a COLPENSIONES.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior decisión los apoderados de las partes, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

El **demandante**, argumentó que, la liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que presentó la *a quo*, no utilizó los porcentajes de cotización legal que para los periodos entre febrero de 1978 a enero de 1982, que era del 9%, de febrero de 1982 a octubre de 1985, que era del 11.25%, de noviembre de 1985 a octubre de 1993, era del 6.5%, de noviembre de 1993 a agosto de 1994, era del 11.5%; para el periodo de febrero de 1996 a marzo de 1999, era del 13.5% y para octubre y noviembre de 2010, era el 16%, “*esto teniendo en cuenta las modificaciones que hizo el Decreto 1935 de 1973 que derogó el artículo 33 del Decreto 3041 de 1985 (sic) del que hablaba de los porcentajes de cotización*”, pero donde nunca se establecieron los nuevos porcentajes dejando un vacío jurídico que necesariamente debe ser resuelto por el principio constitucional de favorabilidad de la ley, de acuerdo a lo establecido en los artículos 53 de la CP y 21 del CST; además que, el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, prevé la fórmula que debe aplicarse, destacando que el IPC que se toma para actualizar los salarios que conforma el ingreso base de cotización son el IPC Inicial de cada mes de cotización variable y el IPC Final del año inmediatamente anterior a la fecha de la última cotización; que, debe prestarse especial atención

a la forma de hallar el promedio ponderado que acontece de la sumatoria del costo histórico, esto es, salario base de cotización y luego dividirlo por la sumatoria de los aportes realizados, teniendo en cuenta la tasa de cotización legal que rija en su momento y el resultado dividirlo en 100 para arrojar un porcentaje promedio. Así las cosas, pide que se elabore una nueva liquidación de forma correcta y se accede a reconocer la diferencia reclamada.

COLPENSIONES, solicitó revocar la sentencia de Primer Grado, en tanto aplicó correctamente la fórmula relacionada en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, y, por tanto, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, reconocida al actor, se encuentra ajustada a Derecho y no existe ninguna diferencia a su favor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, las partes guardaron silencio al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala, deberá determinar si fue acertada o no la decisión de la *a quo*, en cuanto ordenó la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, haciendo especial énfasis en los porcentajes y fórmula que se debe emplear para la liquidación de dicha prestación.

DE LA RELIQUIDACION DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA

Insiste la parte demandante, en que la liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se encuentra mal elaborada, pues, los porcentajes empleados, no corresponden a los que debió tener en cuenta la Juez de Primer Grado, para determinar el valor de este derecho. Por su parte, COLPENSIONES, aseguró que, aplicó correctamente la fórmula relacionada en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, y, por tanto, la indemnización sustitutiva reconocida al actor se encuentra ajustada a Derecho.

Con el fin de resolver las suplicas de la pasiva, forzoso se muestra en primer término para la Sala, remitirse al ordenamiento que regula el asunto, a saber:

Dispone el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que:

“Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de

continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”

A su vez, los artículos 1, 3 y 4 del Decreto 1730 de 2001, reglamentario entre otros del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, establecen:

“ARTICULO 1º-Causación del derecho. *Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida, cuando con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones se presente una de las siguientes situaciones:*

a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando...

(...)

ARTICULO 3º-Cuantía de la indemnización. *Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:*

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Donde:

SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

ARTICULO 4º-Requisitos. *Para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el afiliado debe demostrar que ha cumplido con la edad y declarar bajo la gravedad del juramento que le es imposible continuar cotizando. También habrá lugar a la indemnización sustitutiva cuando el servidor público se retire del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso y declare que está en imposibilidad de seguir cotizando...”*

Entonces, para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, es necesario que i) el afiliado haya cumplido la edad establecida para

acceder a la pensión de vejez; *ii*) no reunir la densidad de semanas mínimas requeridas para el reconocimiento del derecho pensional y, *iii*) declarar la imposibilidad de seguir cotizando.

También es preciso señalar que las únicas normas que han regulado los porcentajes de cotización en el Régimen de Primera Media con Prestación Definida son el Decreto 3041 de 1966, el Decreto 2979 de 1985, el Decreto 2248 de 1992, la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003. No así el Decreto 1935 de 1973, con el que se buscaba *“establecer un régimen financiero que permita al Instituto Colombiano de seguros Sociales, disponer en parte de los ingresos de los Seguros Sociales de Invalidez, Vejez y Muerte, y de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, independientes de sus reservas para saldar toda eventual insuficiencia de los recursos de cualquier rama del Seguro Social obligatorio en relación con sus costos de aplicación”*.

Ahora bien, descendiendo al caso bajo estudio, encuentra la Sala, que, no fue objeto de discusión en la alzada, que la demandante, nació el 03 de septiembre de 1958, por lo que, cumplió 62 años de edad, el mismo día y mes del año 2020, habiendo cotizado para esa misma fecha sólo 880 semanas, por lo que, COLPENSIONES, a través de la resolución SUB 193949 del 11 de septiembre de 2020, confirmada por las resoluciones SUB 24205 del 09 de noviembre de 2020 y DEP 15523 del 18 de noviembre de 2020, le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en cuantía única de \$60.860.897 (archivos 01 y 09).

Así las cosas, revisada nuevamente la liquidación de dicha prestación, de conformidad con lo establecido por el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, en concordancia con el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, normatividad aplicable al caso, y sin que se encuentre probado fundamento legal o jurisprudencial alguno para acoger los porcentajes que pretende la parte actora sean empleados en el cálculo de esta prestación; advierte la Sala, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, del demandante, corresponde a la suma de \$61.636.602,71 y no de \$66.333.654, como lo determinó el *a quo*; resultando una diferencia a favor de éste de \$775.706.

Días cotizados	6.163	Salarios por días cotizados	\$29.095.283.125,88
Semanas cotizadas	880,43	Valor del Ibi Toda la Vida	\$ 4.720.961,00
Tabla de la indemnización sustitutiva			
		SBC Semanal	\$1.100.457,11
		PPC	6,36%
		Semanas cotizadas	880,43
		Valor de la indemnización sustitutiva a 2020	\$ 61.636.602,71

Teniendo en cuenta lo anterior, se modificará el ordinal primero de la sentencia apelada, para en su lugar condenar a COLPENSIONES, a pagar al señor AMED RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, la suma de \$775.706 por concepto de diferencia entre el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez otorgada mediante la resolución SUB 193949 del 11 de septiembre de 2020 y la que realmente le correspondía.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES.

Sin costas en la alzada. Se confirman las de Primera Instancia, que serán a cargo del demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia apelada, proferida el 04 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá; para en su lugar, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a pagar al señor AMED RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ la suma de SETECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SEIS PESOS M/CTE (\$775.706) por concepto de diferencia entre el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez otorgada mediante la resolución SUB 193949 del 11 de septiembre de 2020 y la que realmente le correspondía, conforme a la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin **COSTAS** en la alzada. Se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

AFLIADO	AMED RAMIREZ HERNANDEZ										
CEDULA	19413482										
FECHA DE NACIMIENTO	03/09/1958										
Año de la pensión	2020										

Año	Fecha inicial	Fecha final	Dias cot.	IPC Inicial	IPC Final	Valor Indexación	IBC	IBC Actualizado	IBC por días laborados	Cotización ISS	Porcentaje Ponderado
1978	06/02/1978	28/02/1978	23	0,47	103,80	220,85	\$ 2.430	\$536.665,50	\$12.343.306,50	4,50%	1,04
1978	01/03/1978	31/03/1978	31	0,47	103,80	220,85	\$ 2.430	\$536.665,50	\$16.636.630,50	4,50%	1,40
1978	01/04/1978	30/04/1978	30	0,47	103,80	220,85	\$ 2.430	\$536.665,50	\$16.099.965,00	4,50%	1,35
1978	01/05/1978	31/05/1978	31	0,47	103,80	220,85	\$ 2.430	\$536.665,50	\$16.636.630,50	4,50%	1,40
1978	01/06/1978	30/06/1978	30	0,47	103,80	220,85	\$ 2.430	\$536.665,50	\$16.099.965,00	4,50%	1,35
1978	01/07/1978	31/07/1978	31	0,47	103,80	220,85	\$ 2.430	\$536.665,50	\$16.636.630,50	4,50%	1,40
1978	01/08/1978	31/08/1978	31	0,47	103,80	220,85	\$ 2.430	\$536.665,50	\$16.636.630,50	4,50%	1,40
1978	01/09/1978	30/09/1978	30	0,47	103,80	220,85	\$ 2.430	\$536.665,50	\$16.099.965,00	4,50%	1,35
1978	01/10/1978	31/10/1978	31	0,47	103,80	220,85	\$ 2.430	\$536.665,50	\$16.636.630,50	4,50%	1,40
1978	01/11/1978	30/11/1978	30	0,47	103,80	220,85	\$ 2.430	\$536.665,50	\$16.099.965,00	4,50%	1,35
1978	01/12/1978	10/12/1978	10	0,47	103,80	220,85	\$ 2.430	\$536.665,50	\$5.366.655,00	4,50%	0,45
1980	28/04/1980	30/04/1980	3	0,72	103,80	144,17	\$ 4.410	\$635.789,70	\$1.907.369,10	4,50%	0,14
1980	01/05/1980	31/05/1980	31	0,72	103,80	144,17	\$ 4.410	\$635.789,70	\$19.709.480,70	4,50%	1,40
1980	01/06/1980	30/06/1980	30	0,72	103,80	144,17	\$ 4.410	\$635.789,70	\$19.073.691,00	4,50%	1,35
1980	01/07/1980	31/07/1980	31	0,72	103,80	144,17	\$ 4.410	\$635.789,70	\$19.709.480,70	4,50%	1,40
1980	01/08/1980	31/08/1980	31	0,72	103,80	144,17	\$ 4.410	\$635.789,70	\$19.709.480,70	4,50%	1,40
1980	01/09/1980	30/09/1980	30	0,72	103,80	144,17	\$ 4.410	\$635.789,70	\$19.073.691,00	4,50%	1,35
1980	01/10/1980	31/10/1980	31	0,72	103,80	144,17	\$ 9.480	\$1.366.731,60	\$42.368.679,60	4,50%	1,40
1980	01/11/1980	30/11/1980	30	0,72	103,80	144,17	\$ 9.480	\$1.366.731,60	\$41.001.948,00	4,50%	1,35
1980	01/12/1980	31/12/1980	31	0,72	103,80	144,17	\$ 9.480	\$1.366.731,60	\$42.368.679,60	4,50%	1,40
1981	01/01/1981	31/01/1981	31	0,9	103,80	115,33	\$ 9.480	\$1.093.328,40	\$33.893.180,40	4,50%	1,40
1981	01/02/1981	28/02/1981	28	0,9	103,80	115,33	\$ 14.610	\$1.684.971,30	\$47.179.196,40	4,50%	1,26
1981	01/03/1981	31/03/1981	31	0,9	103,80	115,33	\$ 14.610	\$1.684.971,30	\$52.234.110,30	4,50%	1,40
1981	01/04/1981	30/04/1981	30	0,9	103,80	115,33	\$ 21.420	\$2.470.368,60	\$74.111.058,00	4,50%	1,35
1981	01/05/1981	31/05/1981	31	0,9	103,80	115,33	\$ 21.420	\$2.470.368,60	\$76.581.426,60	4,50%	1,40
1981	01/06/1981	30/06/1981	30	0,9	103,80	115,33	\$ 21.420	\$2.470.368,60	\$74.111.058,00	4,50%	1,35
1981	01/07/1981	31/07/1981	31	0,9	103,80	115,33	\$ 25.530	\$2.944.374,90	\$91.275.621,90	4,50%	1,40
1981	01/08/1981	31/08/1981	31	0,9	103,80	115,33	\$ 25.530	\$2.944.374,90	\$91.275.621,90	4,50%	1,40
1981	01/09/1981	30/09/1981	30	0,9	103,80	115,33	\$ 25.530	\$2.944.374,90	\$88.331.247,00	4,50%	1,35
1981	01/10/1981	31/10/1981	31	0,9	103,80	115,33	\$ 25.530	\$2.944.374,90	\$91.275.621,90	4,50%	1,40
1981	01/11/1981	30/11/1981	30	0,9	103,80	115,33	\$ 25.530	\$2.944.374,90	\$88.331.247,00	4,50%	1,35
1981	01/12/1981	31/12/1981	31	0,9	103,80	115,33	\$ 25.530	\$2.944.374,90	\$91.275.621,90	4,50%	1,40
1982	01/01/1982	31/01/1982	31	1,14	103,80	91,05	\$ 25.530	\$2.324.506,50	\$72.059.701,50	4,50%	1,40
1982	01/02/1982	28/02/1982	28	1,14	103,80	91,05	\$ 21.420	\$1.950.291,00	\$54.608.148,00	4,50%	1,26
1982	01/03/1982	31/03/1982	31	1,14	103,80	91,05	\$ 21.420	\$1.950.291,00	\$60.459.021,00	4,50%	1,40
1982	01/04/1982	30/04/1982	30	1,14	103,80	91,05	\$ 21.420	\$1.950.291,00	\$58.508.730,00	4,50%	1,35
1982	01/05/1982	31/05/1982	31	1,14	103,80	91,05	\$ 21.420	\$1.950.291,00	\$60.459.021,00	4,50%	1,40
1982	01/06/1982	30/06/1982	30	1,14	103,80	91,05	\$ 21.420	\$1.950.291,00	\$58.508.730,00	4,50%	1,35
1982	01/07/1982	31/07/1982	31	1,14	103,80	91,05	\$ 21.420	\$1.950.291,00	\$60.459.021,00	4,50%	1,40
1982	01/08/1982	31/08/1982	31	1,14	103,80	91,05	\$ 21.420	\$1.950.291,00	\$60.459.021,00	4,50%	1,40
1982	01/09/1982	30/09/1982	30	1,14	103,80	91,05	\$ 45.100	\$4.106.355,00	\$123.190.650,00	4,50%	1,35
1982	01/10/1982	31/10/1982	31	1,14	103,80	91,05	\$ 37.730	\$3.435.316,50	\$106.494.811,50	4,50%	1,40
1982	01/11/1982	30/11/1982	30	1,14	103,80	91,05	\$ 58.510	\$5.327.335,50	\$159.820.065,00	4,50%	1,35
1982	01/12/1982	31/12/1982	31	1,14	103,80	91,05	\$ 79.290	\$7.219.354,50	\$223.799.989,50	4,50%	1,40
1983	01/02/1983	28/02/1983	28	1,41	103,80	73,62	\$ 18.210	\$1.340.620,20	\$37.537.365,60	4,50%	1,26
1983	01/03/1983	31/03/1983	31	1,41	103,80	73,62	\$ 45.525	\$3.351.550,50	\$103.898.065,50	4,50%	1,40
1983	01/04/1983	30/04/1983	30	1,41	103,80	73,62	\$ 79.290	\$5.837.329,80	\$175.119.894,00	4,50%	1,35
1983	01/05/1983	31/05/1983	31	1,41	103,80	73,62	\$ 79.290	\$5.837.329,80	\$180.957.223,80	4,50%	1,40
1983	01/06/1983	30/06/1983	30	1,41	103,80	73,62	\$ 79.290	\$5.837.329,80	\$175.119.894,00	4,50%	1,35
1983	01/07/1983	31/07/1983	31	1,41	103,80	73,62	\$ 79.290	\$5.837.329,80	\$180.957.223,80	4,50%	1,40
1983	01/08/1983	31/08/1983	31	1,41	103,80	73,62	\$ 79.290	\$5.837.329,80	\$180.957.223,80	4,50%	1,40
1983	01/09/1983	30/09/1983	30	1,41	103,80	73,62	\$ 79.290	\$5.837.329,80	\$175.119.894,00	4,50%	1,35
1983	01/10/1983	31/10/1983	31	1,41	103,80	73,62	\$ 146.090	\$10.755.145,80	\$333.409.519,80	4,50%	1,40
1983	01/11/1983	30/11/1983	30	1,41	103,80	73,62	\$ 127.020	\$9.351.212,40	\$280.536.372,00	4,50%	1,35
1983	01/12/1983	31/12/1983	31	1,41	103,80	73,62	\$ 160.450	\$11.812.329,00	\$366.182.199,00	4,50%	1,40
1984	01/03/1984	31/03/1984	31	1,65	103,80	62,91	\$ 136.672	\$8.598.035,52	\$266.539.101,12	4,50%	1,40
1984	01/04/1984	30/04/1984	30	1,65	103,80	62,91	\$ 99.896	\$6.284.457,36	\$188.533.720,80	4,50%	1,35
1984	01/05/1984	31/05/1984	31	1,65	103,80	62,91	\$ 86.544	\$5.444.483,04	\$168.778.974,24	4,50%	1,40
1984	01/06/1984	30/06/1984	30	1,65	103,80	62,91	\$ 99.412	\$6.254.008,92	\$187.620.267,60	4,50%	1,35
1984	01/07/1984	31/07/1984	31	1,65	103,80	62,91	\$ 112.280	\$7.063.534,80	\$218.969.578,80	4,50%	1,40
1984	01/08/1984	31/08/1984	31	1,65	103,80	62,91	\$ 134.536	\$8.463.659,76	\$262.373.452,56	4,50%	1,40
1984	01/09/1984	30/09/1984	30	1,65	103,80	62,91	\$ 81.936	\$5.154.593,76	\$154.637.812,80	4,50%	1,35
1984	01/10/1984	31/10/1984	31	1,65	103,80	62,91	\$ 101.099	\$6.360.138,09	\$197.164.280,79	4,50%	1,40
1984	01/11/1984	30/11/1984	30	1,65	103,80	62,91	\$ 120.262	\$7.565.682,42	\$226.970.472,60	4,50%	1,35
1984	01/12/1984	31/12/1984	31	1,65	103,80	62,91	\$ 44.936	\$2.826.923,76	\$87.634.636,56	4,50%	1,40
1985	01/01/1985	31/01/1985	31	1,95	103,80	53,23	\$ 26.980	\$1.436.145,40	\$44.520.507,40	4,50%	1,40
1985	01/02/1985	28/02/1985	28	1,95	103,80	53,23	\$ 50.238	\$2.674.168,74	\$74.876.724,72	4,50%	1,26
1985	01/03/1985	31/03/1985	31	1,95	103,80	53,23	\$ 120.475	\$6.412.884,25	\$198.799.411,75	4,50%	1,40
1985	01/04/1985	30/04/1985	30	1,95	103,80	53,23	\$ 117.419	\$6.250.213,37	\$187.506.401,10	4,50%	1,35
1985	01/05/1985	31/05/1985	31	1,95	103,80	53,23	\$ 93.041	\$4.952.572,43	\$153.529.745,33	4,50%	1,40
1985	01/06/1985	30/06/1985	30	1,95	103,80	53,23	\$ 72.811	\$3.875.729,53	\$116.271.885,90	4,50%	1,35
1985	01/07/1985	31/07/1985	31	1,95	103,80	53,23	\$ 106.224	\$5.654.303,52	\$175.283.409,12	4,50%	1,40
1985	01/08/1985	31/08/1985	31	1,95	103,80	53,23	\$ 86.598	\$4.609.611,54	\$142.897.957,74	4,50%	1,40
1985	01/09/1985	30/09/1985	30	1,95	103,80	53,23	\$ 75.735	\$4.031.374,05	\$120.941.221,50	4,50%	1,35
1985	01/10/1985	31/10/1985	31	1,95	103,80	53,23	\$ 91.859	\$4.889.654,57	\$151.579.291,67	6,50%	2,02
1985	01/11/1985	30/11/1985	30	1,95	103,80	53,23	\$ 61.064	\$3.250.436,72	\$97.513.101,60	6,50%	1,95
1985	01/12/1985	31/12/1985	31	1,95	103,80	53,23	\$ 86.249	\$4.591.034,27	\$142.322.062,37	6,50%	2,02
1986	01/01/1986	31/01/1986	31	2,38	103,80	43,61	\$ 43.834	\$1.911.600,74	\$59.259.622,94	6,50%	2,02
1986	01/02/1986	28/02/1986	28	2,38	103,80	43,61	\$ 98.268	\$4.285.467,48	\$119.993.089,44	6,50%	1,82
1986	01/03/1986	31/03/1986	31	2,38	103,80	43,61	\$ 152.702	\$6.659.334,22	\$206.439.360,82	6,50%	2,02
1986	01/04/1986	30/04/1986	30	2,38	103,80	43,61	\$ 163.020	\$7.109.302,20	\$213.279.066,00	6,50%	1,95
1986	01/05/1986	31/05/1986	31	2,38	103,80	43,61	\$ 138.388	\$6.035.100,68	\$187.088.121,08	6,5	

1986	01/07/1986	31/07/1986	31	2,38	103,80	43,61	\$ 163.020	\$7.109.302,20	\$220.388.368,20	6,50%	2,02
1986	01/08/1986	31/08/1986	31	2,38	103,80	43,61	\$ 153.722	\$6.703.816,42	\$207.818.309,02	6,50%	2,02
1986	01/09/1986	30/09/1986	30	2,38	103,80	43,61	\$ 135.657	\$5.916.001,77	\$177.480.053,10	6,50%	1,95
1986	01/10/1986	31/10/1986	31	2,38	103,80	43,61	\$ 158.992	\$6.933.641,12	\$214.942.874,72	6,50%	2,02
1986	01/11/1986	30/11/1986	30	2,38	103,80	43,61	\$ 117.563	\$5.126.922,43	\$153.807.672,90	6,50%	1,95
1986	01/12/1986	31/12/1986	31	2,38	103,80	43,61	\$ 155.694	\$6.789.815,34	\$210.484.275,54	6,50%	2,02
1987	01/01/1987	31/01/1987	31	2,88	103,80	36,04	\$ 83.946	\$3.025.413,84	\$93.787.829,04	6,50%	2,02
1987	01/02/1987	28/02/1987	28	2,88	103,80	36,04	\$ 163.020	\$5.875.240,80	\$164.506.742,40	6,50%	1,82
1987	01/03/1987	31/03/1987	31	2,88	103,80	36,04	\$ 163.020	\$5.875.240,80	\$182.132.464,80	6,50%	2,02
1987	01/04/1987	30/04/1987	30	2,88	103,80	36,04	\$ 163.020	\$5.875.240,80	\$176.257.224,00	6,50%	1,95
1987	01/05/1987	31/05/1987	31	2,88	103,80	36,04	\$ 163.020	\$5.875.240,80	\$182.132.464,80	6,50%	2,02
1987	01/06/1987	30/06/1987	30	2,88	103,80	36,04	\$ 163.020	\$5.875.240,80	\$176.257.224,00	6,50%	1,95
1987	01/07/1987	31/07/1987	31	2,88	103,80	36,04	\$ 163.020	\$5.875.240,80	\$182.132.464,80	6,50%	2,02
1987	01/08/1987	31/08/1987	31	2,88	103,80	36,04	\$ 163.020	\$5.875.240,80	\$182.132.464,80	6,50%	2,02
1987	01/09/1987	30/09/1987	30	2,88	103,80	36,04	\$ 163.020	\$5.875.240,80	\$176.257.224,00	6,50%	1,95
1987	01/10/1987	31/10/1987	31	2,88	103,80	36,04	\$ 163.020	\$5.875.240,80	\$182.132.464,80	6,50%	2,02
1987	01/11/1987	30/11/1987	30	2,88	103,80	36,04	\$ 163.020	\$5.875.240,80	\$176.257.224,00	6,50%	1,95
1987	01/12/1987	31/12/1987	31	2,88	103,80	36,04	\$ 163.020	\$5.875.240,80	\$182.132.464,80	6,50%	2,02
1988	01/01/1988	31/01/1988	31	3,58	103,80	28,99	\$ 132.074	\$3.828.825,26	\$118.693.583,06	6,50%	2,02
1988	01/02/1988	29/02/1988	29	3,58	103,80	28,99	\$ 163.020	\$4.725.949,80	\$137.052.544,20	6,50%	1,89
1988	01/03/1988	31/03/1988	31	3,58	103,80	28,99	\$ 163.020	\$4.725.949,80	\$146.504.443,80	6,50%	2,02
1988	01/04/1988	30/04/1988	30	3,58	103,80	28,99	\$ 163.020	\$4.725.949,80	\$141.778.494,00	6,50%	1,95
1988	01/05/1988	31/05/1988	31	3,58	103,80	28,99	\$ 163.020	\$4.725.949,80	\$146.504.443,80	6,50%	2,02
1988	01/06/1988	30/06/1988	30	3,58	103,80	28,99	\$ 163.020	\$4.725.949,80	\$141.778.494,00	6,50%	1,95
1988	01/07/1988	31/07/1988	31	3,58	103,80	28,99	\$ 163.020	\$4.725.949,80	\$146.504.443,80	6,50%	2,02
1988	01/08/1988	31/08/1988	31	3,58	103,80	28,99	\$ 163.020	\$4.725.949,80	\$146.504.443,80	6,50%	2,02
1988	01/09/1988	30/09/1988	30	3,58	103,80	28,99	\$ 163.020	\$4.725.949,80	\$141.778.494,00	6,50%	1,95
1988	01/10/1988	31/10/1988	31	3,58	103,80	28,99	\$ 163.020	\$4.725.949,80	\$146.504.443,80	6,50%	2,02
1988	01/11/1988	30/11/1988	30	3,58	103,80	28,99	\$ 163.020	\$4.725.949,80	\$141.778.494,00	6,50%	1,95
1988	01/12/1988	31/12/1988	31	3,58	103,80	28,99	\$ 163.020	\$4.725.949,80	\$146.504.443,80	6,50%	2,02
1989	01/01/1989	31/01/1989	31	4,58	103,80	22,66	\$ 47.080	\$1.066.832,80	\$33.071.816,80	6,50%	2,02
1989	01/02/1989	28/02/1989	28	4,58	103,80	22,66	\$ 163.020	\$3.694.033,20	\$103.432.929,60	6,50%	1,82
1989	01/03/1989	31/03/1989	31	4,58	103,80	22,66	\$ 163.020	\$3.694.033,20	\$114.515.029,20	6,50%	2,02
1989	01/04/1989	30/04/1989	30	4,58	103,80	22,66	\$ 163.020	\$3.694.033,20	\$110.820.996,00	6,50%	1,95
1989	01/05/1989	31/05/1989	31	4,58	103,80	22,66	\$ 163.020	\$3.694.033,20	\$114.515.029,20	6,50%	2,02
1989	01/06/1989	30/06/1989	30	4,58	103,80	22,66	\$ 163.020	\$3.694.033,20	\$110.820.996,00	6,50%	1,95
1989	01/07/1989	31/07/1989	31	4,58	103,80	22,66	\$ 163.020	\$3.694.033,20	\$114.515.029,20	6,50%	2,02
1989	01/08/1989	31/08/1989	31	4,58	103,80	22,66	\$ 163.020	\$3.694.033,20	\$114.515.029,20	6,50%	2,02
1989	01/09/1989	30/09/1989	30	4,58	103,80	22,66	\$ 163.020	\$3.694.033,20	\$110.820.996,00	6,50%	1,95
1989	01/10/1989	31/10/1989	31	4,58	103,80	22,66	\$ 163.020	\$3.694.033,20	\$114.515.029,20	6,50%	2,02
1989	01/11/1989	30/11/1989	30	4,58	103,80	22,66	\$ 163.020	\$3.694.033,20	\$110.820.996,00	6,50%	1,95
1989	01/12/1989	31/12/1989	31	4,58	103,80	22,66	\$ 163.020	\$3.694.033,20	\$114.515.029,20	6,50%	2,02
1990	01/01/1990	31/01/1990	31	5,78	103,80	17,96	\$ 313.400	\$5.628.664,00	\$174.488.584,00	6,50%	2,02
1990	01/02/1990	28/02/1990	28	5,78	103,80	17,96	\$ 665.070	\$11.944.657,20	\$334.450.401,60	6,50%	1,82
1990	01/03/1990	31/03/1990	31	5,78	103,80	17,96	\$ 387.270	\$6.955.369,20	\$215.616.445,20	6,50%	2,02
1990	01/04/1990	30/04/1990	30	5,78	103,80	17,96	\$ 475.710	\$8.543.751,60	\$256.312.548,00	6,50%	1,95
1990	01/05/1990	31/05/1990	31	5,78	103,80	17,96	\$ 513.600	\$9.224.256,00	\$285.951.936,00	6,50%	2,02
1990	01/06/1990	30/06/1990	30	5,78	103,80	17,96	\$ 436.390	\$7.837.564,40	\$235.126.932,00	6,50%	1,95
1990	01/07/1990	31/07/1990	31	5,78	103,80	17,96	\$ 121.230	\$2.177.290,80	\$67.496.014,80	6,50%	2,02
1990	01/08/1990	31/08/1990	31	5,78	103,80	17,96	\$ 644.255	\$11.570.819,80	\$358.695.413,80	6,50%	2,02
1990	01/09/1990	30/09/1990	30	5,78	103,80	17,96	\$ 467.475	\$8.395.851,00	\$251.875.530,00	6,50%	1,95
1990	01/10/1990	31/10/1990	31	5,78	103,80	17,96	\$ 566.130	\$10.167.694,80	\$315.198.538,80	6,50%	2,02
1990	01/11/1990	30/11/1990	30	5,78	103,80	17,96	\$ 337.150	\$6.055.214,00	\$181.656.420,00	6,50%	1,95
1990	01/12/1990	31/12/1990	31	5,78	103,80	17,96	\$ 574.615	\$10.320.085,40	\$319.922.647,40	6,50%	2,02
1991	01/01/1991	31/01/1991	31	7,65	103,80	13,57	\$ 88.495	\$1.200.877,15	\$37.227.191,65	6,50%	2,02
1991	01/02/1991	28/02/1991	28	7,65	103,80	13,57	\$ 239.630	\$3.251.779,10	\$91.049.814,80	6,50%	1,82
1991	01/03/1991	31/03/1991	31	7,65	103,80	13,57	\$ 272.205	\$3.693.821,85	\$114.508.477,35	6,50%	2,02
1991	01/04/1991	30/04/1991	30	7,65	103,80	13,57	\$ 405.455	\$5.502.024,35	\$165.060.730,50	6,50%	1,95
1991	01/05/1991	31/05/1991	31	7,65	103,80	13,57	\$ 375.305	\$5.092.888,85	\$157.879.554,35	6,50%	2,02
1991	01/06/1991	30/06/1991	30	7,65	103,80	13,57	\$ 382.580	\$5.191.610,60	\$155.748.318,00	6,50%	1,95
1991	01/07/1991	31/07/1991	31	7,65	103,80	13,57	\$ 396.235	\$5.376.908,95	\$166.684.177,45	6,50%	2,02
1991	01/08/1991	31/08/1991	31	7,65	103,80	13,57	\$ 416.035	\$5.645.594,95	\$175.013.443,45	6,50%	2,02
1991	01/09/1991	30/09/1991	30	7,65	103,80	13,57	\$ 645.545	\$8.760.045,65	\$262.801.369,50	6,50%	1,95
1991	01/10/1991	31/10/1991	31	7,65	103,80	13,57	\$ 321.530	\$4.363.162,10	\$135.258.025,10	6,50%	2,02
1991	01/11/1991	30/11/1991	30	7,65	103,80	13,57	\$ 419.650	\$5.694.650,50	\$170.839.515,00	6,50%	1,95
1991	01/12/1991	31/12/1991	31	7,65	103,80	13,57	\$ 665.070	\$9.024.999,90	\$279.774.996,90	6,50%	2,02
1992	01/01/1992	31/01/1992	31	9,7	103,80	10,70	\$ 180.450	\$1.930.815,00	\$59.855.265,00	6,50%	2,02
1992	01/02/1992	29/02/1992	29	9,7	103,80	10,70	\$ 279.750	\$2.993.325,00	\$86.806.425,00	6,50%	1,89
1992	01/03/1992	31/03/1992	31	9,7	103,80	10,70	\$ 573.700	\$6.138.590,00	\$190.296.290,00	6,50%	2,02
1992	01/04/1992	30/04/1992	30	9,7	103,80	10,70	\$ 100.000	\$1.070.000,00	\$32.100.000,00	6,50%	1,95
1992	01/05/1992	31/05/1992	31	9,7	103,80	10,70	\$ 521.645	\$5.581.601,50	\$173.029.646,50	6,50%	2,02
1992	01/06/1992	30/06/1992	30	9,7	103,80	10,70	\$ 435.500	\$4.659.850,00	\$139.795.500,00	6,50%	1,95
1992	01/07/1992	31/07/1992	31	9,7	103,80	10,70	\$ 380.460	\$4.070.922,00	\$126.198.582,00	6,50%	2,02
1992	01/08/1992	31/08/1992	31	9,7	103,80	10,70	\$ 541.710	\$5.796.297,00	\$179.685.207,00	6,50%	2,02
1992	01/09/1992	30/09/1992	30	9,7	103,80	10,70	\$ 548.245	\$5.866.221,50	\$175.986.645,00	6,50%	1,95
1992	01/10/1992	31/10/1992	31	9,7	103,80	10,70	\$ 283.275	\$3.031.042,50	\$93.962.317,50	8,00%	2,48
1992	01/11/1992	30/11/1992	30	9,7	103,80	10,70	\$ 665.070	\$7.116.249,00	\$213.487.470,00	8,00%	2,40
1992	01/12/1992	31/12/1992	31	9,7	103,80	10,70	\$ 665.070	\$7.116.249,00	\$220.603.719,00	8,00%	2,48
1993	01/01/1993	31/01/1993	31	12,14	103,80	8,55	\$ 232.358	\$1.986.660,90	\$61.586.487,90	8,00%	2,48
1993	01/02/1993	28/02/1993	28	12,14	103,80	8,55	\$ 448.525	\$3.834.888,75	\$107.376.885,00	8,00%	2,24
1993	01/03/1993	31/03/1993	31	12,14	103,80	8,55	\$ 540.150	\$4.618.282,50	\$143.166.757,50	8,00%	2,48
1993	01/04/1993	30/04/1993	30	12,14	103,80	8,55	\$ 559.640	\$4.784.922,00	\$143.547.660,00	8,00%	2,40
1993	01/05/1993	31/05/1993	31	12,14	103,80	8,55	\$ 528.850	\$4.521.667,50	\$140.171.692,50	8,00%	2,48
1993	01/06/1993	30/06/1993	30	12,14	103,80	8,55	\$ 253.5				

1994	01/01/1994	31/01/1994	31	14,89	103,80	6,97	\$ 1.500.000	\$10.455.000,00	\$324.105.000,00	8,00%	2,48	
1994	01/02/1994	28/02/1994	28	14,89	103,80	6,97	\$ 1.500.000	\$10.455.000,00	\$292.740.000,00	8,00%	2,24	
1994	01/03/1994	31/03/1994	31	14,89	103,80	6,97	\$ 1.500.000	\$10.455.000,00	\$324.105.000,00	8,00%	2,48	
1994	01/04/1994	30/04/1994	30	14,89	103,80	6,97	\$ 1.500.000	\$10.455.000,00	\$313.650.000,00	8,00%	2,40	
1994	01/05/1994	31/05/1994	31	14,89	103,80	6,97	\$ 1.500.000	\$10.455.000,00	\$324.105.000,00	8,00%	2,48	
1994	01/06/1994	30/06/1994	30	14,89	103,80	6,97	\$ 1.500.000	\$10.455.000,00	\$313.650.000,00	8,00%	2,40	
1994	01/07/1994	31/07/1994	31	14,89	103,80	6,97	\$ 1.500.000	\$10.455.000,00	\$324.105.000,00	8,00%	2,48	
1994	01/08/1994	31/08/1994	31	14,89	103,80	6,97	\$ 1.500.000	\$10.455.000,00	\$324.105.000,00	8,00%	2,48	
1996	01/02/1996	29/02/1996	30	21,8	103,80	4,76	\$ 500.000	\$2.380.000,00	\$71.400.000,00	10,00%	3,00	
1996	01/03/1996	31/03/1996	30	21,8	103,80	4,76	\$ 500.000	\$2.380.000,00	\$71.400.000,00	10,00%	3,00	
1996	01/04/1996	30/04/1996	30	21,8	103,80	4,76	\$ 500.000	\$2.380.000,00	\$71.400.000,00	10,00%	3,00	
1996	01/05/1996	31/05/1996	30	21,8	103,80	4,76	\$ 500.000	\$2.380.000,00	\$71.400.000,00	10,00%	3,00	
1996	01/06/1996	30/06/1996	30	21,8	103,80	4,76	\$ 500.000	\$2.380.000,00	\$71.400.000,00	10,00%	3,00	
1996	01/07/1996	31/07/1996	30	21,8	103,80	4,76	\$ 500.000	\$2.380.000,00	\$71.400.000,00	10,00%	3,00	
1996	01/08/1996	31/08/1996	30	21,8	103,80	4,76	\$ 500.000	\$2.380.000,00	\$71.400.000,00	10,00%	3,00	
1996	01/09/1996	30/09/1996	30	21,8	103,80	4,76	\$ 500.000	\$2.380.000,00	\$71.400.000,00	10,00%	3,00	
1996	01/10/1996	31/10/1996	27	21,8	103,80	4,76	\$ 500.000	\$2.380.000,00	\$64.260.000,00	10,00%	2,70	
1997	01/12/1997	31/12/1997	8	26,52	103,80	3,91	\$ 47.000	\$183.770,00	\$1.470.160,00	10,00%	0,80	
1998	01/01/1998	31/01/1998	30	31,21	103,80	3,33	\$ 204.000	\$679.320,00	\$20.379.600,00	10,00%	3,00	
1998	01/02/1998	28/02/1998	30	31,21	103,80	3,33	\$ 204.000	\$679.320,00	\$20.379.600,00	10,00%	3,00	
1998	01/03/1998	31/03/1998	30	31,21	103,80	3,33	\$ 823.000	\$2.740.590,00	\$82.217.700,00	10,00%	3,00	
1998	01/04/1998	30/04/1998	30	31,21	103,80	3,33	\$ 735.000	\$2.447.550,00	\$73.426.500,00	10,00%	3,00	
1998	01/05/1998	31/05/1998	30	31,21	103,80	3,33	\$ 591.000	\$1.968.030,00	\$59.040.900,00	10,00%	3,00	
1998	01/06/1998	30/06/1998	24	31,21	103,80	3,33	\$ 520.000	\$1.731.600,00	\$41.558.400,00	10,00%	2,40	
1998	01/07/1998	31/07/1998	30	31,21	103,80	3,33	\$ 203.826	\$678.740,58	\$20.362.217,40	10,00%	3,00	
1998	01/08/1998	31/08/1998	11	31,21	103,80	3,33	\$ 74.736	\$248.870,88	\$2.737.579,68	10,00%	1,10	
1998	01/09/1998	30/09/1998	30	31,21	103,80	3,33	\$ 1.855.000	\$6.177.150,00	\$185.314.500,00	10,00%	3,00	
1998	01/10/1998	31/10/1998	30	31,21	103,80	3,33	\$ 1.855.000	\$6.177.150,00	\$185.314.500,00	10,00%	3,00	
1998	01/11/1998	30/11/1998	30	31,21	103,80	3,33	\$ 1.855.000	\$6.177.150,00	\$185.314.500,00	10,00%	3,00	
1998	01/12/1998	31/12/1998	30	31,21	103,80	3,33	\$ 1.855.000	\$6.177.150,00	\$185.314.500,00	10,00%	3,00	
1999	01/01/1999	31/01/1999	30	36,42	103,80	2,85	\$ 2.151.786	\$6.132.590,10	\$183.977.703,00	10,00%	3,00	
1999	01/02/1999	28/02/1999	30	36,42	103,80	2,85	\$ 2.151.786	\$6.132.590,10	\$183.977.703,00	10,00%	3,00	
1999	01/03/1999	31/03/1999	30	36,42	103,80	2,85	\$ 2.151.786	\$6.132.590,10	\$183.977.703,00	10,00%	3,00	
2010	01/10/2010	31/10/2010	6	71,2	103,80	1,46	\$ 103.000	\$150.380,00	\$902.280,00	13,00%	0,78	
2010	01/11/2010	30/11/2010	1	71,2	103,80	1,46	\$ 17.167	\$25.063,82	\$25.063,82	13,00%	0,13	
Días cotizados			6.163						Salarios por días cotizados		\$29.095.283.125,88	
Semanas cotizadas			880,43						Valor del Ibl Toda la Vida		\$ 4.720.961,00	
Tabla de la indemnización sustitutiva												
										SBC Semanal		\$1.100.457,11
										PPC		6,36%
										Semanas cotizadas		880,43
										Valor de la indemnización sustitutiva a 2020		\$ 61.636.602,71



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105020202200359-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Pensión de Invalidez – Conteo de Semanas enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 06 de marzo de 2023, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JOSÉ ALEXANDER POVEDA BRAVO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de esa demandada en lo no apelado.

ANTECEDENTES

JOSÉ ALEXANDER POVEDA BRAVO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, se condene a reconocer y pagar pensión de invalidez, a partir de la última cotización efectuada al Sistema de Seguridad Social en pensiones o a partir de la fecha de solicitud de reconocimiento de la prestación, por padecer una enfermedad crónica, progresiva y degenerativa; que, se condene a COLPENSIONES, a pagar la pensión de invalidez, de conformidad con lo establecido en la Ley 860 de 2003 en forma retroactiva, junto con los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas reconocidas, las costas y agencias en derecho, así como lo que resulte probado ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a partir del 01 de septiembre de 1995, contando a la fecha de presentación de la demanda, con un total de 205

semanas cotizadas; que, de conformidad con la calificación realizada por COLPENSIONES, el 17 de diciembre de 2018, padece una enfermedad degenerativa, progresiva y crónica, que representa una pérdida de capacidad laboral del 69%, estructurada el 29 de marzo de 2000.

Refirió que, cumple con los parámetros establecidos en las sentencias SU-588 de 2016 y T-057 de 2017, para ser beneficiario de la pensión de invalidez, por sufrir una enfermedad degenerativa, progresiva y crónica, por lo que, las 50 semanas de cotización deben computarse desde la fecha de solicitud del derecho pensional o a partir de la última cotización efectuada y no desde la estructuración de su enfermedad; que, entre el 30 de abril de 2019 y el 04 de octubre de 2021, cuando solicitó el reconocimiento pensional, tenía cotizadas 124.58 semanas, superando las 50 exigidas por la Ley 860 de 2003.

Indicó que, COLPENSIONES, mediante la resolución SUB 27557 del 02 de febrero de 2022, le negó el reconocimiento pensional, argumentando que las 50 semanas de cotización debían contarse desde la fecha del dictamen de pérdida de capacidad laboral; que, el 24 de febrero de 2022, nuevamente solicitó la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que acreditaba 55 semanas cotizadas entre el 24 de febrero de 2019 y el 24 de febrero de 2022, derecho que también le fue negado, a través de la resolución DPE del 19 de abril de 2022.

Manifestó que, padece una paraplejia que lo mantiene en silla de rueda autoimpulsado y por esa razón no puede desempeñar ocupación laboral y es dependiente en las actividades básicas de la vida para trasladarse (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, presentó escrito de contestación oportunamente, se opuso a las pretensiones, negó la mayoría de los hechos, argumentando que, el aquí demandante, no cumple con los requisitos mínimos necesarios para ser beneficiario de la pensión de invalidez, entre tanto, no acredita las 50 cotizadas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su enfermedad, esto es, el 29 de marzo de 2000, toda vez que en toda su historia laboral acredita un total de 80 semanas de las cuales no registra cotizadas al menos 50 de ellas dentro del periodo comprendido entre el 29 de marzo de 1997 y el 29 de marzo de 2000; además que, las personas que padecen una enfermedad progresiva, degenerativa o congénita gozan de una protección constitucional reforzada y, que por tal razón, tienen derecho a acceder a la pensión de invalidez prevista en la Ley 860 de 2003, a partir de la fecha en la cual acreditaron los requisitos previstos en la misma, contados hasta la fecha del dictamen de pérdida de la capacidad laboral y no hasta la fecha de estructuración de la invalidez; sin embargo, al estudiar las semanas cotizadas a fin de determinar si el actor reúne las semanas exigidas, contando desde la fecha del dictamen hacia atrás tres años, esto es, desde el 17 de diciembre de 2015 al 17 de diciembre de 2018, el demandante, tampoco reúne más de 50 semanas cotizadas, por lo que, no es beneficiario de la prestación reclamada. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación a

cargo de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe de COLPENSIONES, legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (Archivo 04).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 06 de marzo de 2023, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES, a reconocer y pagar al demandante, la pensión de invalidez a partir del 01 de octubre de 2022 o a la fecha del retiro del Sistema de pensiones, junto con las mesadas adicionales, debidamente indexadas al momento de su pago; absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra; además, le impuso el pago de las costas procesales.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación de manera parcial, en cuanto al pago de las costas procesales, pues, los dineros de la Seguridad Social, únicamente deben ser utilizados para pagos de mesadas pensionales y no para ningún otro rubro; que, COLPENSIONES, negó el reconocimiento del derecho pensional, conforme a Derecho, ya que, su reconocimiento en la sentencia de Primer Grado, es por antecedentes jurisprudenciales, razón por la que, tampoco procede la condena en costas en ese sentido.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, **COLPENSIONES**, insistiendo en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver los recursos de alzada y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, la Sala deberá determinar la procedencia o no de la pensión de invalidez deprecada por el demandante y, si resulta acertada la condena en costas impuesta por el *a quo*, a cargo de esa Administradora.

DE LA CALIDAD DE AFILIADO DEL DEMANDANTE A COLPENSIONES

No fue objeto de discusión que, el demandante se encuentra afiliado a COLPENSIONES, cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, desde el 01 de septiembre de 1995 como trabajador dependiente (fls. 16-18 Archivo 01 y 30-53 Archivo 10).

DE LA PENSION DE INVALIDEZ Y DEL CONTEO DE SEMANAS PARA EL CASO DE ENFERMEDADES CRÓNICAS, CONGÉNITAS O DEGENERATIVAS

Solicitó el demandante, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a partir de la última cotización efectuada al Sistema de Seguridad Social en pensiones o a partir de la fecha de solicitud de reconocimiento de la prestación, por padecer una enfermedad crónica, progresiva y degenerativa; a lo que, se opuso COLPENSIONES, alegando que el POVEDA BRAVO, no acreditaba las 50 cotizadas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez; además que, las personas que padecen una enfermedad progresiva, degenerativa o congénita, tienen derecho a acceder a la pensión de invalidez prevista en la Ley 860 de 2003, a partir de la fecha en la cual acreditaron los requisitos previstos en la misma, esto es, desde la fecha del dictamen de pérdida de la capacidad laboral y no como pretende el actor.

Argumento que no fue de recibo para el Juez de Primera Instancia, quien accedió a las pretensiones de la demandante; decisión que procede esta Sala a verificar en grado jurisdiccional de consulta, advirtiendo que, a la pensión de invalidez por riesgo común, de conformidad con lo señalado en el Capítulo III del Título II de la Ley 100 de 1993, tienen derecho los afiliados que por cualquier causa de origen no profesional hubieren perdido más del 50% de su capacidad laboral, siempre y cuando dicha pérdida de capacidad haya sido declarada por una autoridad competente.

Es así como los artículos 38 y 39 de Ley 100 de 1993 disponen:

“ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración...”

Ahora, en relación con la fecha para contabilizar las semanas a fin de obtener la pensión de invalidez, en el caso de enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1706 de 2023, señaló que, ésta corresponde a la última cotización válida, al considerar el concepto de capacidad residual o a fecha de solicitud del reconocimiento pensional. Al respecto, esta Corporación explicó:

“... respecto de las enfermedades congénitas crónicas o degenerativas que produzcan una pérdida de capacidad laboral superior al 50% como lo es el caso en estudio, la fecha para computar las semanas requeridas para acceder a la pensión no siempre será la de la estructuración del estado de invalidez, pues esta se puede modificar, en el sentido de que, para determinar «el momento real» desde el cual se debe realizar el conteo de las semanas exigidas por la ley aplicable para consolidar el derecho a la pensión de invalidez, se puede acudir también a los siguientes criterios: i) la fecha de emisión del dictamen mediante en el cual se califica el estado de invalidez; ii) la fecha de la última cotización efectuada al sistema; o iii) la fecha de solicitud del reconocimiento pensional (CSJ SL1069-2021).

Por lo tanto, si se presenta un caso de pensión por invalidez, siempre y cuando sea por enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, debe aplicarse la figura jurídica denominada capacidad laboral residual, para determinar con certeza la real data de la pérdida de capacidad laboral (CSJ SL770-2020, SL5603-2019, reiteradas en SL1069-2021).

ii) Acceso a la pensión de invalidez en el caso de las patologías crónicas, degenerativas y congénitas y las cotizaciones posteriores a la contingencia

Con el propósito de una mayor ilustración, si bien frente al tema se hizo alusión en el acápite que antecede, lo cierto es que la Sala ha prestado especial atención a este tipo de patologías, pues ha señalado que una condición de invalidez no deriva per se en una discapacidad absoluta para poder laborar, en tanto aceptar que dicha contingencia excluye del mundo laboral a estas personas equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral (CSJ SL3610-2020, reiterada en sentencia (CSJ SL4329-2021).

Cabe destacar además que, en relación con el cumplimiento de la densidad de semanas a la fecha de emisión del dictamen de pérdida de la capacidad laboral, tal como se explicó, se reitera que el citado requisito puede ser analizado con base en la fecha de la última cotización y, adicionalmente, la Sala ha adoctrinado que los aportes que soportan el acceso a la prestación de invalidez se deben derivar de «una efectiva y probada capacidad laboral» con el fin de evitar posibles fraudes (CSJ SL3275-2019). Precisamente, en dicha sentencia la Corporación explicó:

Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

Ahora bien, en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que el afiliado puede trabajar y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, es necesario

corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida.

Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado, y no, que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social. (Énfasis añadido)

Debe advertirse que lo anterior no implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez que hayan definido las autoridades médicas competentes, sin razón justificativa alguna o sin medio probatorio que así lo permita. De lo que se trata, es de llevar a cabo un análisis que incluye el supuesto fáctico que regula la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas.

En resumen, se deben analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una capacidad laboral residual, para de esta manera establecer el punto de partida para realizar el conteo de aportes que imponga la ley.

Bajo este horizonte, conforme al criterio doctrinal actual de la Sala, debe precisarse, que si bien la regla general es que para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, además de una pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 50%, se acredite una densidad de semanas determinadas en un lapso de tiempo específico, acorde con la disposición llamada a aplicar, las que se contabilizan hasta cuando esta se estructure; excepcionalmente, y en razón de encontrarse frente a enfermedades crónicas, debe darse un tratamiento diferente, posibilitando tener en cuenta aquellas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, o la calenda en que se emitió el dictamen (CSJ SL781-2021 y SL002-2022).

Sobre el tema en debate, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-588-2016, citada en sentencia CSJ SL781-2021, sostuvo:

En realidad, tratándose de patologías congénitas, crónicas y/o degenerativas, debe hacerse un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, deberán tenerse en cuenta otros factores tales como, las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral.

Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.

Ahora bien, tratándose de enfermedades simplemente congénitas, es decir, aquellas que se presentan desde el momento mismo del nacimiento, esta Corte advierte que la razón del especial análisis que le corresponde realizar a las Administradores de Fondos de Pensiones no se basa en las características progresivas de la enfermedad, sino en la imposibilidad fáctica y jurídica que tienen estas personas de cotizar con anterioridad al día de su nacimiento, motivo por el cual, este razonamiento encuentra su principal fundamento en la observancia de los principios de igualdad y dignidad humana, inherentes a todo ser humano. Interpretar lo contrario implicaría una contradicción, puesto que no parece lógico que el Estado propenda por la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad, pero impida que accedan a un reconocimiento prestacional propio de cualquier trabajador.

En estos casos, esta Corte ha precisado que se deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, en tanto que, de lo contrario, se impondría a la persona una condición imposible de cumplir y se estarían desconociendo una serie de principios de orden constitucional

tales como “(i) el principio de universalidad; (ii) el principio de solidaridad; (iii) el principio de integralidad; (v) el principio de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social (art. 53, CP), así como (v) la buena fe”. Además, con este proceder se estarían vulnerando los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, que son sujetos de especial protección constitucional, pues dicha interpretación es, a todas luces, discriminatoria e implica que las personas con enfermedades congénitas, degenerativas y/o crónicas, según las circunstancias, no accederán a un derecho pensional.

Con sujeción a las precedentes manifestaciones, se reitera que, ante situaciones sui géneris originadas por este tipo de padecimientos, para efectos de tomar el hito de la estructuración de la invalidez, resulta válido acudir a i) la fecha en que se profiere el dictamen de calificación de la invalidez, ii) la data en que se presenta la reclamación de la pensión de invalidez, o iii) la calenda del último periodo de cotización (CSJ SL 002-2022).

Es que la Corte ha precisado que es el análisis del caso concreto el que permite evitar una defraudación al sistema pensional, las circunstancias que la rodean, y revisar que los aportes efectuados después de la estructuración de la invalidez y en los que se funda la reclamación, sean producto de una verdadera capacidad laboral del afiliado, de tal suerte que la alteración de la data en que la autoridad administrativa dictamina surge la pérdida de capacidad laboral, obedezca a razones probatorias y objetivas que así lo permitan (CSJ SL781-2021 y SL002-2022)...”

Por lo tanto, el reconocimiento de la pensión de invalidez, para aquellas personas en condiciones de especial protección, que padecen una enfermedad crónica, congénita o degenerativa en el tiempo, no será a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, sino de la fecha del dictamen sobre pérdida de capacidad laboral o la última cotización efectuada, previo análisis de la situación particular.

En el presente caso, no existe discusión en cuanto a que la pérdida de capacidad laboral del demandante, que COLPENSIONES, en dictamen del 17 de diciembre de 2018, determinó en un 69%, de origen común, estructurada el 29 de marzo de 2000, por “OTROS TRAUMATISMOS Y LOS NO ESPECIFICADOS DE LA MEDULA ESPINAL” y “VEJIGA NEUROPATICA NO INHIBIDA NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE”, enfermedades de tipo crónico y degenerativo, pues, el traumatismo de la médula espinal, le produjo una “paraplejía espástica”, y problemas de “vejiga neurogénica”, que no tiene resuelven con el paso del tiempo (fls. 157-160 Archivo 06).

Así las cosas, de la confrontación del estado de salud del demandante, con el reporte de semanas cotizadas por éste al Sistema pensional, advierte la Sala, que su enfermedad, no ha truncado la posibilidad de procurarse su digna subsistencia. Por el contrario, persistió en actividades que le permitieron realizar aportes, al menos, hasta el 30 de septiembre de 2022, como se advierte en el reporte de semanas cotizadas, allegado por COLPENSIONES, y que milita a folios 20 a 23 del archivo 04 del expediente digital, por manera que la contabilización de las semanas exigidas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, debe hacerse a partir de esta fecha; y, es que, la existencia de un diagnóstico anterior sobre la pérdida de capacidad laboral, no significa que la persona no tenga suficiente capacidad para laborar, pues, como lo señaló la Sala de Casación Laboral de la

Corte Suprema en sentencia con radicado 39863 del 23 de marzo de 2011, *“resulte imposible que quien padece una patología como la del demandante, quede excluido de la posibilidad de formar parte del régimen contributivo, así dicha enfermedad no le impida ingresar al mercado laboral, porque, entre otras cosas, ello iría en contra de los principios rectores del estatuto de 1993, y de los propios contenidos que informan un Estado Social de Derecho. Por el contrario, contribuye a una mayor viabilidad del sistema, que personas con un problema de salud como el del actor, se incorporen al esquema productivo, y aporten para la seguridad social, y no se limiten a esperar beneficios del régimen subsidiado, con la consecuente carga para el Estado, en desmedro de quienes verdaderamente requieren de la ayuda estatal”*.

En ese orden de ideas, dentro de los 3 años anteriores al 31 de agosto de 2022, el actor cotizó 146,02 semanas, suficientes para satisfacer el requisito previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993; por lo que, resulta acertada la decisión del Juez de Primer Grado, en cuanto accedió al reconocimiento de la pensión de invalidez deprecada; razón por la que se confirmará la sentencia apelada, en este sentido.

DE LAS COSTAS PROCESALES

Finalmente, en relación con la condena en costas impuesta a COLPENSIONES, habida cuenta que éstas se imponen a la parte vencida en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que, evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releve de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la misma; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse sobre el valor de las agencias en derecho fijadas por la Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas *“solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, la parte recurrente deberán manifestar las inconformidades que tenga al respecto, en aras de garantizar el principio de la doble instancia.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta surtido a su favor.

Sin costas en esta Instancia. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el 06 de marzo de 2023, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JOSÉ ALEXANDER POVEDA BRAVO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en esta decisión.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la alzada. Se confirman las costas de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105024202100452-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Pensión de Invalidez - Conteo de Semanas enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas.

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor del demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 06 de febrero de 2023 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **DOMINGO MONTOYA HERNÁNDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

DOMINGO MONTOYA HERNÁNDEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, se condene a esa Administradora, a reconocer y pagar pensión de invalidez, a partir del 31 de mayo de 2015, fecha de su última cotización, junto con el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o subsidiariamente la indexación de las sumas que no sean sujeto de intereses moratorios; además que se conceda lo ultra y extra petita y las costas procesales, incluyendo las agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, siempre se ha dedicado a diferentes oficios, como trabajador dependiente; que, fue diagnosticado con EPOC, diabetes mellitus e hipertensión arterial (HTA); que, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, le determinó un 52.32% de PCL, de origen común, estructurada el 18 de mayo de 2017.

Indicó que, cotizó para los riesgos de IVM, 684 semanas en toda su vida laboral alcanzadas al 31 de mayo de 2015; que, le solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, quien le negó el derecho a través de la resolución DIR 23383 del 20 de diciembre de 2017, bajo el argumento que no cumplía con los requisitos de ley, vigentes al momento de estructuración de su invalidez; que, las enfermedades de base que padece son crónicas, congénitas y degenerativas, por lo que, debe recibir un trato especial e inmediato, de ahí que, en virtud del principio de favorabilidad, la Corte Constitucional, ha establecido que los afiliados pueden disfrutar de la prestación si cumplen con la densidad de semanas exigidas, contabilizadas a partir de la fecha de la emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral o de la última semana efectivamente cotizada tal como lo ha expresado en sentencia T-070 de 2014, entre otras.

Que, el último aporte efectivamente realizado fue el 31 de mayo de 2015, habiendo cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a esa fecha; que, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2349 de 2021, los dictámenes para calificar la pérdida de capacidad laboral no son el único medio de prueba para determinar el estado de invalidez (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, presentó escrito de contestación oportunamente, se opuso a las pretensiones, aceptó la mayoría de los hechos y aclaró que, expidió los actos administrativos SUB 250600 del 9 de noviembre de 2017, SUB 281162 de 06 de diciembre de 2017, SUB 23389 del 20 de diciembre de 2021 y DIR 23383 del 20 de diciembre de 2017, sin que el demandante acreditara la densidad de semanas cotizadas que se requiere para acceder a la pensión de invalidez, ya que, entre el 07 de julio de 2014 al 07 de julio de 2017, éste sólo contaba con 26 semanas cotizadas y no las 50 exigidas por la ley para el reconocimiento de la prestación pensional; además que, el afiliado no se encontraba cotizando al momento de producirse el estado de invalidez, el 18 de mayo de 2017: que, tampoco contaba con 26 semanas de cotización dentro del año anterior, por lo cual no es beneficiario de la aplicación de la condición más beneficiosa del tránsito entre la Ley 100 de 1993 y las Leyes 797 y 860 de 2003. Propuso las excepciones de inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, no configuración de los presupuestos legales para una condena por intereses moratorios, prescripción, falta de causa para pedir y la innominada o genérica (Archivo 05).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 06 de febrero de 2023, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral

del Circuito de Bogotá, declaró probadas las excepciones de cobro de lo no debido y falta de causa para pedir, propuestas por COLPENSIONES, a quien absolvió de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, considerando que, pese a acreditar una pérdida de capacidad laboral del 52.32%, el demandante, no cumplió con el número mínimo de semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. No impuso condena en costas a ninguna de las partes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, el demandante, insistió en el reconocimiento de la pensión de invalidez a su favor, pues, cuando se trata de enfermedades crónicas, progresivas, degenerativas, catastróficas o congénitas, la Corte Constitucional ha establecido que los afiliados pueden disfrutar de la prestación si cumplen con la densidad de semanas, pero contabilizadas a partir de la fecha de emisión del dictamen.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala deberá determinar la procedencia o no de la pensión de invalidez deprecada por el demandante; y, si debido a las enfermedades que padece, el conteo de las semanas para acceder a la prestación pensional, debe hacerse, desde la fecha de estructuración de la invalidez, desde la fecha de la calificación de la pérdida de capacidad laboral o su última cotización al Sistema General de Pensiones

DE LA CALIDAD DE AFILIADO DEL DEMANDANTE A COLPENSIONES

No fue objeto de discusión que, el demandante se encuentra afiliado a COLPENSIONES, cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, desde el 08 de mayo de 1990 como trabajador dependiente (Archivos 01 y 17).

DE LA PENSION DE INVALIDEZ Y DEL CONTEO DE SEMANAS PARA EL CASO DE ENFERMEDADES CRÓNICAS, CONGÉNITAS O DEGENERATIVAS

Solicitó el demandante, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, contabilizando el número de semanas para acceder al derecho, a partir de la fecha del dictamen que determinó su pérdida de capacidad laboral o desde su última cotización, por sufrir de una enfermedad crónica; a lo que, no accedió la Juez de Primera Instancia, alegando que el señor MONTOYA HERNÁNDEZ, no

acreditaba las 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Es así como los artículos 38 y 39 de Ley 100 de 1993 disponen:

“ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración...”

Ahora, en relación con la fecha para contabilizar las semanas a fin de obtener la pensión de invalidez, en el caso de enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1706 de 2023, señaló que, ésta corresponde a la última cotización válida, al considerar el concepto de capacidad residual o a fecha de solicitud del reconocimiento pensional. Al respecto, esta Corporación explicó:

“... respecto de las enfermedades congénitas crónicas o degenerativas que produzcan una pérdida de capacidad laboral superior al 50% como lo es el caso en estudio, la fecha para computar las semanas requeridas para acceder a la pensión no siempre será la de la estructuración del estado de invalidez, pues esta se puede modificar, en el sentido de que, para determinar «el momento real» desde el cual se debe realizar el conteo de las semanas exigidas por la ley aplicable para consolidar el derecho a la pensión de invalidez, se puede acudir también a los siguientes criterios: i) la fecha de emisión del dictamen mediante en el cual se califica el estado de invalidez; ii) la fecha de la última cotización efectuada al sistema; o iii) la fecha de solicitud del reconocimiento pensional (CSJ SL1069-2021).

Por lo tanto, si se presenta un caso de pensión por invalidez, siempre y cuando sea por enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, debe aplicarse la figura jurídica denominada capacidad laboral residual, para determinar con certeza la real data de la pérdida de capacidad laboral (CSJ SL770-2020, SL5603-2019, reiteradas en SL1069-2021).

ii) Acceso a la pensión de invalidez en el caso de las patologías crónicas, degenerativas y congénitas y las cotizaciones posteriores a la contingencia

Con el propósito de una mayor ilustración, si bien frente al tema se hizo alusión en el acápite que antecede, lo cierto es que la Sala ha prestado especial atención a este tipo de patologías, pues ha señalado que una condición de invalidez no deriva per se en una discapacidad absoluta para poder laborar, en tanto aceptar

que dicha contingencia excluye del mundo laboral a estas personas equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral (CSJ SL3610-2020, reiterada en sentencia (CSJ SL4329-2021).

Cabe destacar además que, en relación con el cumplimiento de la densidad de semanas a la fecha de emisión del dictamen de pérdida de la capacidad laboral, tal como se explicó, se reitera que el citado requisito puede ser analizado con base en la fecha de la última cotización y, adicionalmente, la Sala ha adoctrinado que los aportes que soportan el acceso a la prestación de invalidez se deben derivar de «una efectiva y probada capacidad laboral» con el fin de evitar posibles fraudes (CSJ SL3275-2019). Precisamente, en dicha sentencia la Corporación explicó:

Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

Ahora bien, en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que el afiliado puede trabajar y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida.

Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado, y no, que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social. (Énfasis añadido)

Debe advertirse que lo anterior no implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez que hayan definido las autoridades médicas competentes, sin razón justificativa alguna o sin medio probatorio que así lo permita. De lo que se trata, es de llevar a cabo un análisis que incluye el supuesto fáctico que regula la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas.

En resumen, se deben analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una capacidad laboral residual, para de esta manera establecer el punto de partida para realizar el conteo de aportes que imponga la ley.

Bajo este horizonte, conforme al criterio doctrinal actual de la Sala, debe precisarse, que si bien la regla general es que para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, además de una pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 50%, se acredite una densidad de semanas determinadas en un lapso de tiempo específico, acorde con la disposición llamada a aplicar, las que se contabilizan hasta cuando esta se estructure; excepcionalmente, y en razón de encontrarse frente a enfermedades crónicas, debe darse un tratamiento diferente, posibilitando tener en cuenta aquellas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, o la calenda en que se emitió el dictamen (CSJ SL781-2021 y SL002-2022).

Sobre el tema en debate, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-588-2016, citada en sentencia CSJ SL781-2021, sostuvo:

En realidad, tratándose de patologías congénitas, crónicas y/o degenerativas, debe hacerse un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, deberán tenerse en cuenta otros factores tales como, las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral.

Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.

Ahora bien, tratándose de enfermedades simplemente congénitas, es decir, aquellas que se presentan desde el momento mismo del nacimiento, esta Corte advierte que la razón del especial análisis que le corresponde realizar a las Administradores de Fondos de Pensiones no se basa en las características progresivas de la enfermedad, sino en la imposibilidad fáctica y jurídica que tienen estas personas de cotizar con anterioridad al día de su nacimiento, motivo por el cual, este razonamiento encuentra su principal fundamento en la observancia de los principios de igualdad y dignidad humana, inherentes a todo ser humano. Interpretar lo contrario implicaría una contradicción, puesto que no parece lógico que el Estado propenda por la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad, pero impida que accedan a un reconocimiento prestacional propio de cualquier trabajador.

En estos casos, esta Corte ha precisado que se deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, en tanto que, de lo contrario, se impondría a la persona una condición imposible de cumplir y se estarían desconociendo una serie de principios de orden constitucional tales como “(i) el principio de universalidad; (ii) el principio de solidaridad; (iii) el principio de integralidad; (v) el principio de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social (art. 53, CP), así como (v) la buena fe”. Además, con este proceder se estarían vulnerando los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, que son sujetos de especial protección constitucional, pues dicha interpretación es, a todas luces, discriminatoria e implica que las personas con enfermedades congénitas, degenerativas y/o crónicas, según las circunstancias, no accederán a un derecho pensional.

Con sujeción a las precedentes manifestaciones, se reitera que, ante situaciones sui generis originadas por este tipo de padecimientos, para efectos de tomar el hito de la estructuración de la invalidez, resulta válido acudir a i) la fecha en que se profiere el dictamen de calificación de la invalidez, ii) la data en que se presenta la reclamación de la pensión de invalidez, o iii) la calenda del último periodo de cotización (CSJ SL 002-2022).

Es que la Corte ha precisado que es el análisis del caso concreto el que permite evitar una defraudación al sistema pensional, las circunstancias que la rodean, y revisar que los aportes efectuados después de la estructuración de la invalidez y en los que se funda la reclamación, sean producto de una verdadera capacidad laboral del afiliado, de tal suerte que la alteración de la data en que la autoridad administrativa dictamina surge la pérdida de capacidad laboral, obedezca a razones probatorias y objetivas que así lo permitan (CSJ SL781-2021 y SL002-2022)...”

Por lo tanto, el reconocimiento de la pensión de invalidez, para aquellas personas en condiciones de especial protección, que padecen una enfermedad crónica, congénita o degenerativa en el tiempo, no será a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, sino de la fecha del dictamen sobre pérdida de capacidad laboral o la última cotización efectuada, previo análisis de la situación particular.

En el presente caso, no existe discusión en cuanto a la pérdida de capacidad laboral del demandante, que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, mediante dictamen No. 881886688-3589 del 07 de julio de 2017, le determinó en un 52.32%, de origen común, estructurada el 18 de mayo de 2017, por “*Insuficiencia respiratoria crónica – HTA- Diabetes mellitus tipo II - foremen oval – síndrome de apnea*”, enfermedades de tipo crónico; por lo tanto, resulta procedente la aplicación del criterio jurisprudencial antes citado para determinar si cumple o no el actor, con las 50 semanas de cotización, contadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha del dictamen de pérdida de capacidad laboral o la última cotización efectuada.

Así las cosas, del 07 de julio de 2017, fecha del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, y 3 años hacia atrás, esto es, al 07 de julio 2014, conforme al reporte de semanas cotizadas que milita en el PDF 50 del Archivo 17 del expediente digital, el demandante, sólo cotizó 25.72 semanas, insuficientes para acceder al derecho pensional deprecado.

Ahora, del mismo reporte se advierte que la última cotización del actor, lo fue en el mes de julio de 2021, por lo tanto, tomando los 3 años atrás desde esta fecha, es decir del 31 de julio de 2018 al 31 de julio de 2021, el actor, sólo cotizó 2.71 semanas; por lo tanto, el señor DOMINGO MONTOYA HERNÁNDEZ, no logró satisfacer el requisito previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 1 de la Ley 860 de 2003, para el reconocimiento de la pensión de invalidez; lo que conduce a la Sala, a confirmar la sentencia consultada, pero por las razones expuestas en esta decisión.

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de febrero de 2023, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario instaurado por **DOMINGO MONTOYA HERNÁNDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105012201800469-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación Pensional incrementos Ley 6 de 1992.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, en contra de la sentencia proferida el 01 de septiembre de 2020, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MIGUEL ÁNGEL PIÑEROS HERNÁNDEZ** en contra del **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTIAS Y PENSIONES – FONCEP**.

ANTECEDENTES

MIGUEL ÁNGEL PIÑEROS HERNÁNDEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra del FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTIAS Y PENSIONES – FONCEP, para que, se condene al reconocimiento y pago del reajuste de la pensión inicialmente concedida mediante la resolución 863 del 19 de diciembre de 1988, conforme a lo establecido por el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 y los artículos 1 y 2 del Decreto Reglamentario 2108 de 1992, así como el pago del reajuste pensional causado por la diferencia entre lo ya pagado y el derecho causado; que, se condene al pago del retroactivo pensional, la indexación, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, prestó sus servicios al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, mediante contrato de trabajo hasta el 30 de diciembre de 1988, desempeñando como último cargo el de jefe de sección de publicaciones; que, mediante la resolución 0318 del 28 de marzo de 1989, la Caja de Previsión Social de Bogotá, le reconoció pensión

mensual vitalicia de jubilación, en cuantía de \$254.749,21, a partir de la fecha de su retiro definitivo del servicio oficial.

Refirió que, es beneficiario de los reajustes establecidos en el artículo 1 del Decreto 2108 de 1992, los cuales, según sentencia del Consejo de Estado, del 11 de diciembre de 1995, se aplican a todos los pensionados del Estado, sin distingo alguno; que, a la fecha de presentación de la demanda, no se le han reconocido, ni pagado los reajustes pensionales; que, el 31 de octubre de 2017, agotó la vía gubernativa ante el FONCEP, quien a través de la resolución SPE 2000 del 03 de noviembre de 2017, le negó la reliquidación deprecada (fls. 80-83 y 91-99).

De la presente acción conoció inicialmente el Juzgado 47 Administrativo del Circuito de Bogotá, quien, por auto del 10 de julio de 2018, declaró la falta de jurisdicción y ordenó su envío a la Oficina Judicial de Reparto, para que fuera asignada a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá, atendiendo la naturaleza jurídica de la vinculación del demandante, que lo fue mediante contrato laboral (fls. 73-75).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, el **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP**, dio contestación oportuna a la misma, se opuso a todas las pretensiones y aceptó la mayoría de los hechos. En su defensa argumentó que, el demandante, no tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste de la Ley 6 de 1992, ya que dicha prestación fue declarada inexequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-531 de 1995, por transgredir el artículo 158 de la CP; de ahí que, al desaparecer de la vida jurídica el artículo 116 de la Ley 6 de 1992, el Decreto 2108 de 1992, corrió igual suerte; además que, la jurisprudencia ha señalado que la aplicabilidad de la Ley 6 de 1992, sólo es para pensiones del orden nacional, sin que pueda extenderse a pensionados del orden departamental y municipal. Propuso las excepciones de inaplicabilidad del artículo 116 de la Ley 6 de 1992 y Decreto 2108 de 1992, prescripción de las mesadas pensionales, prescripción de los factores salariales, improcedencia de los intereses moratorios pretendidos y la genérica (fls. 103-110).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 01 de septiembre de 2020, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP de las pretensiones incoadas en su contra; declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación; sin condena en costas para las partes.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación, argumentando que, la pensión de jubilación fue reconocida a partir de la resolución 863 del 19 de diciembre de 1988, lo cual es fundamental para el reconocimiento del derecho, pues, se habla del reconocimiento de un reajuste pensional al que acceden los pensionados, siempre y cuando hayan adquirido el derecho antes de 1989; que, el presente asunto tiene importancia constitucional y no meramente legal, pues, los derechos a la Seguridad Social, son de carácter fundamental, y por tanto, los operadores judiciales tienen la obligación de asumir un estudio más allá del orden legal, acudiendo a los principios constitucionales, de ahí que, la interpretación debe ser más favorable al pensionado y no a las entidades prestadoras; que, para la aplicación de lo normado en el artículo 116 de la Ley 6 de 1992, se debe hacer una interpretación constitucional y mal puede desconocerse un derecho pensional por haber demandado en fecha posterior a una sentencia, cuando el derecho fue adquirido antes de la sentencia de la Corte Constitucional, que declaró la inexecutable; que, habiendo detectado la sentencia de inexecutable, una vulneración al derecho a la igualdad, no pueden los servidores judiciales pasar por alto, tal situación y tener pensionados con derechos diferenciados, lo cual va en contra de la Constitución y es una excepción a la aplicación de dicha normativa. Solicita entonces se revoque en su integridad la sentencia de Primer Grado y se accede a los ajustes reclamados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, el demandante, insistió en que se debe revocar la decisión de Primera Instancia y acceder a las pretensiones de la demanda, pues la pensión le fue reconocida mediante Resolución 863 del 19 de diciembre de 1988, es decir antes del 01 de enero de 1989 y de la sentencia de inexecutable del 1995, lo que indica que, cuenta con derechos adquiridos, y por ende de obligatorio cumplimiento y protección Constitucional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por la parte demandante, la Sala, deberá establecer, si resulta acertada o no la decisión del Juez de Primer Grado, que negó la reliquidación y pago de los reajustes pensionales previstos en el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 y el Decreto Reglamentario 2108 de 1992, a favor del actor.

DE LA CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

Quedo establecido en el proceso que el señor MIGUEL ÁNGEL PIÑEROS HERNÁNDEZ, trabajó para el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, mediante contrato de trabajo a término indefinido, suscrito el 17 de junio de 1978 (fl. 1), hasta el 30 de diciembre de 1988, cuando por mutuo acuerdo, a través de la resolución 863 del 19 de diciembre de 1988, las partes decidieron dar por terminada la relación laboral (fls. 33-34); igualmente se demostró que, la Caja de Previsión Social de Bogotá, a través de la resolución 0318 del 28 de marzo de 1989, le concedió al demandante, pensión mensual vitalicia de jubilación, en cuantía de \$245.749,21, a partir de su retiro definitivo del servicio oficial (fls. 28-30).

DEL REAJUSTE PENSIONAL DE LA LEY 6 DE 1992 Y SU DECRETO 2108

Insiste el demandante, en que es beneficiario de los reajustes pensionales previstos en el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 del mismo año, pues, no solo cumple con los requisitos legales para acceder a ese derecho; sino porque, en virtud del principio de igualdad, no puede haber pensionados que reciban mejores beneficios que otros.

Al respecto, dispone la norma en mención:

“Art 116 de la ley 6 de 1992. Ajuste a pensiones del sector público nacional. Para compensar las diferencias de los aumentos de los salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el gobierno nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se haya reconocido con anterioridad al 1 de enero de 1989.

Los reajustes ordenados en este art comenzaran a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente, y no producirá efecto retroactivo.”

Por su parte, los artículos 1, 3 y 4 del Decreto 2108 de 1992, establecieron:

Art 1.- Las pensiones de jubilación del sector público del orden nacional reconocidas con anterioridad al 21 de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios serán reajustados a partir del 1 de enero de 1993, 1994 y 1995, así...

(...) estos reajustes son compatibles con los incrementos decretados por el gobierno nacional en desarrollo de la ley 71 de 1988.

(...)

Art. 3 el reconocimiento de los reajustes establecidos en el Art. 1 no se tendrán en cuenta para los efectos de la liquidación de las mesadas atrasadas.

Art 4 Los reajustes ordenados en el presente comenzarán a regir a partir de las fechas establecidas en el Art. 1 y no producirán efectos retroactivos...”

El artículo 116 de la Ley 6 de 1992 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-531 del 20 de noviembre de 1995, teniendo en cuenta que esa Ley fue erigida para expedir normas en materia tributaria, emitir títulos de deuda pública y un ajuste de las pensiones del sector público nacional, por lo que con su introducción, se violó la unidad de materia, pues trataba un tema tributario y no asuntos prestacionales, ella consagra la manera cómo el Estado obtiene recursos para sus distintos cometidos, mientras que el artículo 116 consagraba un mandato de nivelación pensional en el sector público nacional.

En aquella oportunidad la Corte constitucional, en aras de dar aplicación de los principios de buena fe y protección de los derechos adquiridos; declaró la inexecutable, pero sólo hacia el futuro, a partir de la notificación de su decisión, lo que implicaba la obligación de los organismos encargados del pago de pensiones, de realizar dichos incrementos pensionales, hasta esa fecha, toda vez que se trató de una situación jurídica consolidada que goza de la protección constitucional.

Determinó entonces la Corte constitucional la aplicación de los incrementos desde la vigencia del Decreto Reglamentario 2108 de 1992, hasta la declaratoria de inexecutable del 20 de noviembre de 1995 y de aquellos pensionados del sector público nacional.

Con posterioridad el Consejo de Estado, decretó la nulidad de la expresión “**nacional**” (expediente 15723 del 11 de diciembre de 1997), por considerar que daba un tratamiento desigual a personas en las mismas condiciones.

A juicio de la Sala, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y si por disposición de la Corte Constitucional se dejó sin efecto el artículo 116 de la Ley 6 de 1992, a partir del 20 de noviembre de 1995; igual suerte corre el Decreto que reglamentó dicho artículo. Lo anterior, máxime que como bien lo expresó la Corte Constitucional al declarar la inexecutable de esa norma, el Congreso no tenía competencia para legislar sobre el asunto principal, para el que fue delegado a través de la Ley 6 de 1992. Y es que el artículo 158 de la Constitución consagra la unidad de materia legislativa y contribuye a darle un eje central a los debates a fin de que se identifiquen los destinatarios principales y la precisión de los comportamientos prescritos. Es así como indica que:

“...La seguridad jurídica, entendida sustancialmente reclama pues la vigencia del anotado principio y la inclusión de distintas cautelas métodos de depuración desde la etapa gestativa de los proyectos que luego se convertirán en leyes de la república...”

Ahora, sin desconocer que la decisión del Consejo de Estado, resulta equilibrada frente a la “*justa pretensión del sector de los jubilados*” y cobija en su decisión a aquellos pensionados del orden departamental y municipal, no sólo a los nacionales, este asunto no fue tratado en el Congreso de la República, al emitirse el artículo 116 de la Ley 6 de 1992, sino que las discusiones y los debates

parlamentarios versaron en forma principal sobre el recaudo de recursos para el Estado. Señaló la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional.

“finalmente, la exigencia constitucional de la unidad de materia de todo proyecto de ley no solo buscaba racionalizar el proceso legislativo sino también depurar el producto del mismo. Así, esta regla pretende, de un lado, que los debates parlamentarios tengan un eje de discusión a fin de que exista mayor transparencia en la aprobación de las leyes”.

Si bien los planteamientos realizados en la sentencia de nulidad del Decreto Reglamentario 2108 de 1992, son objetivos, en tanto ellos tuvieron en cuenta tanto los pensionados del sector nacional, como departamental y municipal, estos ajustes, vistos los antecedentes legislativos que subyacen, no fueron controvertidos en toda su intensidad, ni hicieron parte del debate realizado en las Cámaras legislativas, por cuanto el asunto principal que atendió el Congreso al emitir la Ley 6 de 1992 fue de carácter tributario. No enfrascó las discusiones sobre si había lugar a incrementar las pensiones de los ajustes efectuados con anterioridad al año 1989, o cuál era la realidad de este grupo de ciudadanos, tampoco en qué incrementos precedieron a 1992, si el mismo debía aplicarse a todos los trabajadores del sector oficial. Sólo se planteó esta iniciativa frente a los servidores del sector público del orden nacional, sin verificar si estos incrementos también eran aplicables a los trabajadores del orden departamental y municipal; entonces, si este aspecto de tipo prestacional no fue contemplado en la discusión, por centrarse ésta en los recaudos tributarios; y si se declaró su inexecutable por la Corte Constitucional, por violar el principio de la unidad normativa previsto en el artículo 158 de la CP; mal podría esta Sala, entrar a cifrar en una norma declarada inexecutable por vicios como el señalado, violación al principio de igualdad y por ende entrar a aplicar incrementos a un sector de la población que nunca fue contemplado como destinatario de dicha legislación.

Sobre este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha mantenido una postura reiterada y pacífica frente a la no aplicabilidad de los reajustes cuestionados, entre otras, en la sentencia CSJ SL1361-2015, reiterada por la CSJ SL2627-2018, donde señaló que:

“...Esta Corporación ya fijó su posición respecto al alcance de artículos 116 de la Ley 6ª de 1992 y 2º. del Decreto 2108 del mismo año; es así como en sentencia CSJ SL, 15775-2014, fechada el 12 de noviembre de 2014, Rad. 47697, que reitera la sentencia CSJ SL, 11 dic. 2003, rad. 22107, se dijo lo siguiente:

El tema relativo a la aplicabilidad de los artículos 116 de la Ley 6ª de 1992 y 2.º del Decreto 2108 del mismo año a los servidores del orden distrital, ya ha sido definido por esta Corporación en el sentido de descartar su extensión a los pensionados de dicho ámbito.

Así, basta remitirse a lo precisado en sentencia del 13 de mayo de 2003, reiterada el pasado 12 de noviembre, al analizar un caso bajo los mismos supuestos de hecho, en los siguientes términos:

"El Tribunal consideró que los reajustes pensionales pretendidos con sustento en el Decreto 2108 de 1992 no son procedentes en la medida en que tal normatividad "sólo es aplicable a las pensiones de los servidores del sector público nacional.", mientras que para la acusación, esa preceptiva también se extiende a otros

órdenes territoriales por razón de algunos principios constitucionales, en especial el de igualdad y el referido al obligado incremento pensional y toda vez que considera que aquel alcance dado a la norma va en contravía de las decisiones proferidas por el Consejo de Estado, que se apartan de la expresión "orden nacional" contenida en aquel Decreto.

"Pues bien, las razones a que alude la impugnación no son suficientes para concluir que la normatividad acusada fue erróneamente interpretada, puesto que es claro su tenor al disponer:

"Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación del Sector Público del Orden Nacional reconocidas con anterioridad al 1º de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios serán reajustadas a partir del 1º de enero de 1993, 1994 y 1995 así (.). (Decreto 2108 DE 1992).

"En igual sentido el art. 116 de la Ley 6ª de 1992 previó:

"Ajuste a pensiones del sector público nacional. Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el Gobierno Nacional dispondrá gradualmente el ajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1º de enero de 1989.

"Los reajustes ordenados en este artículo, comenzarán a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente, y no producirán efecto retroactivo." (Subrayas fuera del texto original).

"Vistas las normas censuradas, y en especial las expresiones resaltadas en las anteriores transcripciones, es menester anotar que existe total claridad respecto a las pensiones susceptibles de los reajustes allí previstos, esto es, las del orden nacional, sin que puedan, en consecuencia, hacerse extensivos tales incrementos a otros niveles territoriales puesto que de hacerse así se desbordaría el querer del legislador; y siendo claro el tenor de ley, no es dable a su intérprete darle unos alcances distintos o hacerle producir efectos en ámbitos diferentes.

"Al respecto vale la pena reproducir el aparte pertinente de la sentencia de radicación 18189 del (sic) julio de 2002, dictada en un proceso adelantado contra la misma demandada EMPRESA DISTRITAL DE TELECOMUNICACIONES DE BARRANQUILLA, en el cual se precisó sobre el punto que:

"..De todos modos, no está por demás señalar que de concluirse acerca de la aplicabilidad de tales preceptos, ellos únicamente lo serían respecto de pensiones del orden Nacional, pues así está dispuesto en sus textos, de tal manera que habría que descartar su extensión a los pensionados del ámbito Departamental y Municipal, como es el caso de los demandantes, ello sin perder de vista que tales normas fueron declaradas inconstitucionales por sentencia C-531 de la Corte Constitucional, que desde luego no permite entonces su legal aplicación."

"Y sea oportuno señalar que tampoco en este caso se desconoció la declaratoria de inconstitucionalidad contenida en la sentencia C-531 de 1995 respecto de las normas cuya interpretación errada acusó la impugnación" (rad.19928) ..."

En ese orden de ideas, claro es para la Sala, que, el artículo 116 de la Ley 6 de 1992 en su momento sólo legisló el incremento de carácter pensional para trabajadores del orden nacional, por lo tanto, la norma sólo será aplicable a quienes fueron beneficiarios de ella con las limitantes establecidas en la sentencia de la declaratoria de inexecutable y no puede aplicarse a los trabajadores del orden departamental y municipal y sus entidades descentralizadas, ni menos aún gravar al Estado, con un derecho que si bien

tuvo origen en el Congreso de la República, no fue debatido por el constituyente secundario en los términos que se dilucidó por el Consejo de Estado.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en la alzada, a cargo del demandante. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el primero (01) de septiembre de dos mil veinte (2020), por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MIGUEL ÁNGEL PIÑEROS HERNÁNDEZ** en contra del **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo del demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$580.000 a favor de la demandada. Se confirman las costas de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105018202100480-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 23 de enero de 2023, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA CRISTINA FORERO PULIDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, así mismo conocer en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo no apelado.

ANTECEDENTES

MARÍA CRISTINA FORERO PULIDO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, debido a la falta de información, inadecuada asesoría e inducción en error del asesor comercial de la AFP PORVENIR S.A.; que, se declare sin solución de continuidad su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., devolver los bonos pensionales, liquidar el valor de los aportes existentes en su cuenta individual, con el respectivo cálculo actuarial, rendimientos financieros, gastos de administración y de servicios financieros y, enviarlos o depositarlos a su nombre ante COLPENSIONES; que, se ordene a COLPENSIONES, a recibir los valores girados por la AFP PORVENIR S.A.; y que, se ordene el pago de las costas del proceso, así como de los gastos que se causen incluyendo las agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 24 de enero de 1961; que, se encontraba afiliada en pensiones al RPM, administrado por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL, trasladándose al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A., en el mes de enero de 1996.

Refirió que, el asesor comercial de la AFP PORVENIR S.A., diligenció el formulario de vinculación, sin acreditar capacitación alguna en un tema de alta complejidad, como era el traslado entre regímenes pensionales, sin ilustrarla acerca de las consecuencias de dicha decisión, ni explicarle la posibilidad legal y el término para retractarse del cambio de régimen pensional, menos aún se le informó de las ventajas que tendría si continuaba en el RPM, en cuanto a la edad y monto de la pensión o de las ventajas y desventajas del RAIS.

Indicó que, al momento de diligenciar el formulario de vinculación, el asesor comercial de la AFP PORVENIR S.A., no estudio su situación pensional de manera particular, no le informó que, pese a la liquidación de las Entidades Públicas de Seguridad Social, el RPM se mantendría; que, tampoco se le hizo un proyección de la mesada pensional, de acuerdo al monto de sus aportes presentes y futuros; que, en ningún momento, presentó solicitud formal en la que conste que la selección del RAIS, la tomaba exenta de error, fuerza o dolo y con absoluto conocimiento de sus consecuencias.

Manifestó que, al momento de su traslado al RAIS, no se le explicó o entregó un cuadro comparativo de los dos regímenes pensionales; que, nada se le dijo respecto a la forma en que se construye el monto de su pensión en el RAIS, que depende del capital acumulado en su cuenta individual y del nivel de cotizaciones presentes y futuras, ni mucho menos le mencionaron las modalidades de pensión establecidas en el RAIS, ni la formula para liquidar la pensión de vejez en el RPM; que, no se le entregó el plan de pensiones y el reglamento de funcionamiento, aprobado para la época por la Superintendencia Bancaria.

Dijo que, la AFP PORVENIR S.A., nada la advirtió respecto a la posibilidad de retornar al RPM, antes de cumplir 47 años de edad, que, CAJANAL se liquidó mediante el Decreto 2196 de 2009, trasladando a COLPENSIONES, todos los documentos relacionados con su afiliación; que, según proyección entregada por PORVENIR S.A., a los 61 años de edad, le correspondería una mesada pensional de \$924.334, mientras que de haber permanecido en el RPM, percibiría una pensión de vejez, superior a la proyectada por la AFP; que, el 13 de febrero de 2021, solicitó a las demandadas autorizar su retorno al RPM, sin que a la fecha de presentación de la demanda, haya obtenido respuesta alguna (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas, La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, dio contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle o no ser ciertos, salvo los

relacionados con la edad y solicitud presentada por la actora, ante esa Administradora. Propuso las excepciones que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de seguridad social del orden público (Archivo 06).

Por auto del 04 de noviembre de 2022, se tuvo por no contestada la demanda, por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Archivo 11).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de enero de 2023, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A., suscrita el 20 de diciembre de 1995, con efectividad a partir del 01 de enero de 1996; declaró que para todos los efectos legales, la actora, nunca se trasladó al RAIS, en consecuencia, siempre permaneció en el RPM; ordenó a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora María Cristina Forero Pulido, y devolver los saldos obrantes en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; ordenó a COLPENSIONES, reactivar la afiliación de la señora Forero Pulido, y, corregir su historia laboral una vez reciba los recursos provenientes de PORVENIR S.A., declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, argumentó que, sin desconocer los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales en materia de ineficacia del traslado de régimen pensional, no se pueden desconocer las particularidades de cada caso; es así como aquí, la actora, es una persona capaz, consciente, con unas calidades académicas particularmente altas, de las que se puede establecer que su decisión de traslado al RAIS, estuvo presidida de la información necesaria para concluir que el

traslado realizado era su opción más viable, para sus intereses futuros; y que, en ese sentido, no puede considerarse que factores como la fluctuación en el trabajo o la evolución de los salarios de la parte demandante u otras variables que representen mayores réditos, sean razones suficientes para considerar que no se le suministró toda la información necesaria para saber las consecuencias que esa decisión tendría en su futuro pensional; que, las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio en el consentimiento al momento en que la actora, tomó la decisión de su afiliación; que, en el interrogatorio de parte que absolvió la demandante, indicó que, fueron sus compañeros quienes le manifestaron que le iría mejor con COLPENSIONES, pero se deduce que nunca tuvo intereses en acercarse oportunamente a esa Administradora, sino que lo hizo cuando ya se encontraba en un estado óptimo para cumplir la edad de la pensión; que, las obligaciones son recíprocas, estando la demandante en la obligación de realizar una constante vigilancia a sus aportes y a su expectativa pensional, de acuerdo a la variación económica; que, la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada de manera genérica, sin ninguna ponderación y en desigualdad de las partes, pues, quien afirma un hecho es al que le corresponde probar su ocurrencia; que, las características, condiciones y modalidades propias del RAIS, están consignadas en la ley y son de conocimiento de todos los ciudadanos y, nadie puede alegar la ignorancia de la misma en su propio beneficio, máxime cuando suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación al RAIS.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicitó revocar la totalidad de la sentencia apelada, advirtiendo que, si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Corte Suprema de Justicia, también ha precisado esa Corporación, que éste no puede aplicarse de una forma homogénea e indiscriminada a todos los casos donde se este solicitando la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta al deber de información, sino que debe haber una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que ocurre en el presente caso, donde considera que, con la afiliación de la actora al RAIS, ésta comenzó su vínculo con el Sistema General de Pensiones, ya que, CAJANAL, no hacía parte del ISS; que, la demandante, pudo en cualquier momento validar el contenido de la información otorgada a la AFP; que, con la suscripción del formulario vigente para el momento de la afiliación de la demandante, fue de manera libre y voluntaria; que, frente a la devolución de los rendimientos, al ser declarado ineficaz el traslado, el efecto natural de tal decisión sería que los valores que regresan al RPM correspondan a lo que se hubiese generado en las reservas del ISS hoy COLPENSIONES, comoquiera que, si el traslado no surtió efectos legales, no se deberían dar los rendimientos generados en el RAIS, que superan mayoritariamente a los del régimen público; tampoco debe la Administradora, devolver los gastos de administración, sumas de seguro previsional o fondo de garantía de pensión mínima, ya que, éstas fueron debidamente invertidas en la forma en que exige la Ley y no se encuentran en su poder, sino que pasaron a todas las aseguradoras contratadas para la administración de esos recursos pensionales; que, ordenar la indexación de los valores a devolver constituye una doble sanción, pues, los rendimientos son valores actuales; que, también se debe absolver del pago de las costas procesales, ya que esa Administradora, actuó de una manera diligente y

de buena fe, cumpliendo las cargas que le impone la ley, frente al deber de información, tanto en las afiliaciones iniciales, como las de traslado de régimen pensional y actos de logística que la administración de los recursos de la cuenta individual de la actora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., ratificaron los argumentos expuestos en los recursos de apelación, insistiendo en que se debe revocar la decisión de Primer Grado y negar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y su consecuente retorno al RPM.

Por su parte, la demandante, solicitó confirmar la sentencia apelada, porque los humanistas criterios desarrollados por más de una década en una temática de hondo contenido social, han permitido reivindicar la seguridad social como derecho fundamental y no en provecho del negocio financiero de las AFP, que han condenado a miles de afiliados a condiciones indignas de vida

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si la afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A., fue una afiliación inicial o por haber estado afiliada con anterioridad a CAJANAL, fue un traslado proveniente del RPM; en caso de determinar que se trató de un traslado, se determinará *ii)* la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *iii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A.; *iv)* si el nivel profesional que ostenta la demandante, es argumento suficientemente válido, para exonerar a la Administradora de Fondos de Pensiones de su obligación de información; *v)* si procede la orden de devolución de gastos administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación de los valores a retornar al RPM; y *vi)* si debe o no imponerse condena en costas a la AFP PORVENIR S.A.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones 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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como***

erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Igualmente, preciso resulta señalar que, contrario a lo manifestado por el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL, era una administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a raíz de su supresión y liquidación, se ordenó el traslado de sus afiliados al ISS, hoy Colpensiones, conforme al Decreto 2196 de 12 de junio de 2009, por lo tanto, la suscripción del formulario de afiliación de la demandante a PORVENIR S.A., no fue un acto de vinculación inicial al Sistema General de Pensiones, sino un traslado de régimen pensional; debiendo entonces pasar la Sala a verificar si en dicho acto la AFP demandada, cumplió o no con el deber de información legal.

Al respecto, milita en el plenario historia laboral consolidada de la actora, expedida por la AFP PORVENIR S.A., donde consta un total de 1311 semanas cotizadas y un capital acumulado de \$120.607.901; reclamación administrativa presentada ante COLPENSIONES, el 13 de agosto de 2021, solicitando su retorno al RPM; derecho petición presentado ante PORVENIR S.A., el 13 de agosto de 2021, para que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS; simulación pensional elaborada por PORVENIR S.A., donde se advierte que la actora, sólo puede adquirir la pensión de vejez, a partir de los 60 años de edad, con una mesada inicial de \$908.526 (Archivo 01); solicitud de vinculación a PORVENIR S.A., diligenciada por la actora, el 20 de diciembre de 1995, donde se advierte que es un traslado de régimen, proveniente de CAJANAL; certificación de

afiliación de MARÍA CRISTINA FORERO PULIDO, al Fondo de Pensiones obligatorias Porvenir, a partir del 01 de enero de 1996; relación historia de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, desde enero de 1996 a julio de 2022; formulario de trámite de emisión y/o expedición de bono pensional, tramitado por la actora el 01 de agosto de 2022; relación de aportes efectuados a PORVENIR S.A.; consulta SIAF, donde se encuentra registrado el traslado de régimen pensional que realizó la demandante el 20 de diciembre de 1995, con efectividad a partir del 01 de enero de 1996; historia laboral válida para bono pensional (Archivo 10).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte e informó que, ella estaba cotizando en CAJANAL y a finales de 1995, empezando 1996, se afilió a PORVENIR; que, para esa época, ella trabajaba en el DAS, llegaron los fondos de pensiones, les hicieron una reunión a los trabajadores y PORVENIR, fue la Administradora que ella consideró había hecho mejores propuestas, entonces firmó un formulario con todos sus datos; que, en ese tiempo reunión más o menos 40 personas y un asesor de PORVENIR, les expuso acerca de los fondos de pensiones, les dijo que les convenía a ciertas personas, como ella, por la edad y el tiempo laborado, porque sería mucho mejor la pensión de lo que ofrecía el Gobierno, que los primeros en trasladarse al RAIS, les cubriría una ley y su mesada sería del 80%; que, no le hicieron una proyección del valor de su mesada pensional y sólo después de cumplir los 57 años, fue cuando la AFP, le dijo cómo era su proyección y que sólo le correspondería como mesada el salario mínimo legal mensual vigente; que, no le hablaron del derecho al retractor; que, los asesores se llevaban una comisión por afiliar a la gente y vio el caso de compañeros de trabajo, que se trasladaron en esa época y también están demandando para regresar a COLPENSIONES; que, no le hablaron de un capital determinado para pensionarse, lo cual desconoce a la fecha, habiendo cotizado siempre, desde hace 40 años, sobre dos salarios mínimos legales mensuales; que, no fue presionada, ni obligada para suscribir el formulario de afiliación a PORVENIR; que, ella fue quien suministró los datos del formulario de traslado y luego de diligenciado por el asesor, lo firmó, pero no hizo una previa lectura del documento; que, desde su afiliación no recibió más de 3 extractos durante toda su vinculación a PORVENIR y el conocimiento que tiene de sus cotizaciones lo es porque cada año, para el mes de enero, iba y lo consultaba, en la ventanilla de PORVENIR, le mostraban una gráfica y le decían como iban sus aportes, con ganancias y réditos; que, no solicitó una asesoría, porque desde el comienzo le dijeron que iba bien pensionada, con más de 80%, porque era una de las primeras afiliaciones a PORVENIR, no puso en duda esa información; que, no fue nunca a COLPENSIONES, por falta de tiempo y evitar permiso en su trabajo; que, no ha efectuado aportes voluntarios, solo los del ley y el bono pensional; que, su intención de regresar a COLPENSIONES, es de tipo económico, para que le quede una pensión digna *“no para vivir Doctor, para sobrevivir”*; que, compañeros en iguales condiciones, se han pensionado en COLPENSIONES, con el mismo sueldo que ella recibe actualmente, aproximadamente \$1.500.000 o \$1.600.000; que, en alguna oportunidad, un asesor de PORVENIR, le dijo que había sido un error que se hubiese quedado en la AFP, porque en COLPENSIONES su pensión habría sido superior.

Así las cosas, contrario a lo manifestado por las recurrentes, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado a la actora, era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARÍA CRISTINA FORERO PULIDO, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada

por la actora a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 20 de diciembre de 1995 con efectividad a partir del 01 de enero de 1996, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la Primera Instancia.

De otra parte, tampoco resulta valido el argumento expuesto por la demandada COLPENSIONES, respecto al nivel técnico que ostenta la demandante, pues, tales aspectos, no tienen la capacidad suficiente para exonerar a las Administradoras de Fondos de Pensiones de su obligación de información respecto de su eventual afiliado, máxime cuando la ley es general, impersonal y abstracta. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL 3349 de 2021, donde dijo que, *“el desinterés del potencial afiliado no releva en manera alguna a la AFP del cumplimiento de brindar información con la calidad y oportunidad”*, pues, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, no deja duda de que esa carga fue impuesta a las entidades del sistema y, por tanto *“no quedan al arbitrio o disposición de los intervinientes en el acto, porque precisamente, el fundamento de la ineficacia es su incumplimiento”*. Además, que, de la profesión del asegurado no se puede deducir una regla excluyente del deber de la Administradora de pensiones, por lo que, aun conociendo aspectos relacionados con el sistema financiero y el manejo de las AFP, estas deben demostrar la acreditación de sus obligaciones profesionales respecto de sus eventuales afiliados.

Por otra parte, dado que la AFP PORVENIR S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a esa Administradora, encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, las sumas canceladas por Seguros previsionales y del Fondo de garantía de pensión mínima, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Igualmente, en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, en lo pertinente dijo: *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los*

*valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación dla actora, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”* (Negrilla fuera de texto). Y, más recientemente, en la sentencia SL 1499 de 2022 dijo:

“...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.

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, **incluidos los aportes para garantía de pensión mínima**, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional”.* (Negrilla fuera de texto).

También se debe aclarar a la demandada AFP PORVENIR S.A., que la devolución de todos los aportes y conceptos que ordenó la *a quo*, retornar a COLPENSIONES, debe hacerse de forma indexada, sin que ello, constituya una doble sanción con los rendimientos financieros, pues, la primera corresponde a la actualización de la moneda que se ve afectada por el paso del tiempo por la pérdida de poder adquisitivo de la moneda; mientras que los otros, corresponden a las utilidades causadas a favor del afiliado, por la inversión de su capital ahorrado en la cuenta individual que administró la AFP.

Finalmente, respecto a la inconformidad de la demandada AFP PORVENIR S.A., en cuanto a la condena en costas, habida cuenta que éstas se imponen a la parte vencida en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que fincan su inconformidad, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse respecto al valor de las agencias en derecho fijadas por el Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas *“solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, la recurrente deberán manifestar las inconformidades que tenga al respecto, en aras de garantizar el principio de la doble instancia.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en la alzada a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de enero de 2023, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARÍA CRISTINA FORERO PULIDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

Expediente: Rad. 110013105016201800547-01

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA DEL SOCORRO SUÁREZ BEJARANO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES – O.B.P.

TEMA: Bono Pensional (literal b) artículo 61 Ley 100 de 1993)

AUTO: Previo se RECONOCE personería adjetiva para actuar en favor de la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a la Dra. María Camila Bedoya García identificada con cédula de ciudadanía No. 1.037.639.320 de Envigado y tarjeta profesional No. 288.820 del C. S. de la Jud., conforme al poder de sustitución allegado

En Bogotá D.C. a los treinta y uno (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, dicta la siguiente:

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 13 de octubre de 2021 por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES:

La señora MARÍA DEL SOCORRO SUÁREZ VEJEARANO acudió a la justicia ordinaria laboral para que, según los trámites que le son propios a esta clase de procesos, se declare que Fernando Antonio Suárez Fajardo tiene derecho al reconocimiento del bono pensional, se ordene la

expedición, acreditación y abono de la cuenta de ahorro individual, que se ordene la entrega a la demandante en su calidad de heredera (art. 74 Ley 100 de 1993), de forma indexada, más intereses moratorios (art. 141 Ley 100 de 1993), al pago de costas procesales y agencias en derecho, a lo extra y ultra petita. (Folio 64 del expediente físico)

Como fundamento de sus pretensiones afirmo que; el señor Fernando Antonio Suárez Fajardo falleció el 26 de marzo de 2013, que realizo cotizaciones al sistema general de pensiones, en calidad de empleado público a distintas cajas de previsión, del 14 de marzo de 1963 al 31 de julio de 1965 con la Dirección Ejecutiva Seccional Bogotá – Cundinamarca, en el cargo de Juez Municipal, del 1 de mayo de 1968 al 8 de enero de 1973 en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS en el cargo de jefe de oficina, del 16 de septiembre de 1977 al 15 de octubre de 1982 en Beneficencia de Cundinamarca en el cargo de Sub – Gerente, tiempos reportados a través de Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL y a la Beneficencia de Cundinamarca, del 12 de mayo de 1967 al 20 de enero de 1968 como trabajador de la empresa Fedemetal, del 13 de noviembre de 1972 al 30 de enero de 1975 y del 1 de abril de 1975 al 15 de septiembre de 1977 en la empresa Vargas y Cía. Ltda. Obra DAS, reportados al ISS hoy COLPENSIONES, que el 30 de mayo de 2000 cumplió 62 años, se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR, en donde se realizaron cotizaciones del 1 de junio al 31 de octubre de 2000, que el 2 de diciembre de 2015 la demandante en calidad de hija solicito a AFP PORVENIR la devolución de saldos, que con comunicado del 25 de enero de 2016 se realizó una devolución de saldos por valor de \$1.332.750.00, que el 10 de febrero de 2016 se solicitó explicaciones de la forma en que se liquidaron los valores reconocidos y a que aportes corresponden, que se dio respuesta indicando que se estaba realizando la reconstrucción de la historia laboral, para lo cual, se solicitó colaboración de la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda. (Folios 6-8)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones, indicando que el señor Suarez Fajardo se traslado el 30 de mayo de 2000 con efectividad del 1 de julio del mismo año, que solo cotizo un total de 20 semanas, pagándose a la demandante el 22 de enero de 2016 un total de \$1.332.750.00, que frente al bono pensional el Ministerio de Hacienda mantiene una restricción y no se ha emitido. En su defensa propuso las excepciones de merito que denomino; inexistencia de obligación a cargo de mi representada por cobro de lo no debido, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, buena fe, compensación, innominada o genérica. (Folios 94 al 102 del expediente físico)

Se integro al contradictorio a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales – OBP y Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, quienes procedieron a dar contestación así;

COLPENSIONES se opuso a lo pretendido, para lo cual manifestó que, el señor Fernando Antonio Suárez cotizo tiempos a diferentes cajas y entre ellas tiempos cotizados al ISS, realizados con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, por lo que no esta en cabeza de la entidad emitir el bono pensional, lo cual corresponde a la Nación. Como excepciones presento; inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, prescripción y caducidad, buena fe, innominada o genérica. (Folios 139 al 142 del expediente físico)

Por último, en auto del 16 de septiembre de 2021 se tuvo por no contestada la demanda por parte de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales. (Folio 163 del expediente físico)

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia de 13 de octubre de 2021, resolvió; absolver a las demandadas, declaro probadas las excepciones de inexistencia de la obligación alegada por AFP PORVENIR y COLPENSIONES y condeno en costas a la demandante en la suma de \$250.000.00 para cada una de las demandadas.

Para llegar a la anterior decisión, el Juez de instancia manifestó lo siguiente; la Corte Constitucional ha avalado como regla jurisprudencial de que no es exigible las 500 semanas de cotización para que se entienda válidamente afiliados al RAIS y por tanto proceda la redención de bono pensional, pero se debe enfatizar en el análisis del caso en concreto, en el caso del causante, efectivamente tenía 56 años y la norma establece que para no encontrarse excluido del régimen le así la exigencia de las 500 semanas de cotización, por lo que, se llegó a la conclusión de que no se puede exonerar de las 500 semanas de cotización en el caso del causante, la edad no lo habilita para dar aplicación al precedente jurisprudencial, ya que en todos los casos se realizó la manifestación de no poder seguir cotizando, contrario a lo sucedido con el causante. Por lo tanto, el causante si estaba excluido del RAIS al no haber cumplido el requisito mínimo de semanas que exige el literal b art. 61 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, no se genera en su favor el pago del bono pensional.

RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la demandante, interpone recurso de apelación el cual sustento así; para que se declare que al causante le asistía el derecho a reclamar el bono pensional, para que se entreguen los recursos a la demandante de conformidad con lo previsto en art. 76 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta que; el causante nació el 27 de febrero de 1938, que para el año 2000 momento en que se afilia RAIS tenía más de 62 años, conforme a las certificaciones laborales y la historia laboral expedida por COLPENSIONES el señor Suárez Fajardo tuvo vinculaciones entre el 14 de marzo de 1963 hasta el 15 de octubre de 1982 cotizaciones realizadas con empleadores del sector público, de igual

forma habían algunas cotizaciones con empleadores del sector privado como lo registra el reporte de COLPENSIONES entre el año 75 y 77, para el momento en que se afilia al RAIS llevaba 18 años sin tener una actividad laboral remunerada que le permitiera realizar aportes al sistema general de pensiones, contando con un total aproximado de 21 semanas, encajando en el postulado establecido por la Corte Constitucional en la sentencia T-219 de 2014, así como lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en providencia con radicado No. SL4313 de 2019, en aplicación a principios de equidad y favorabilidad, por lo que, estaba exonerado del cumplimiento de las 500 semanas a las que se hizo referencia, de allí que no estaba en posibilidad de realizar las cotizaciones.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado el apoderado de la parte demandante solicito la revocatoria de la sentencia, de otro lado, la apoderada de la demandada COLPENSIONES solicita se confirme el fallo proferido y que no se conceda pensión de sobreviviente, lo cual es contradictorio a lo debatido en el presente proceso.

Por último, PORVENIR manifiesta que no es predicable exonerar de las 500 semanas, porque el causante contaba con 62 años circunstancia que no es suficiente y en consecuencia se confirme la sentencia.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

En virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS), la Sala estudiará los aspectos que fueron planteados por la parte recurrente.

La Sala estudiará, si resulta acertada la decisión del A quo, en cuanto negó la emisión del bono pensional al no haber cotizado 500 semanas en el nuevo régimen, máxime cuando no existe manifestación de la imposibilidad de seguir cotizando, o si, por el contrario, le asiste razón a la parte demandante al reconocimiento en virtud al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional sentencia T-219 de 2014 y de la Corte Suprema de Justicia en providencia con radicado No. SL4313 de 2019.

Bono pensional

En cuanto, a la institución jurídico procesal mencionada el Legislador en el art. 115 Ley 100 de 1993, establece:

“Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan algunos de los siguientes requisitos:

- a. Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las Cajas o Fondos de previsión del sector público;**
- b. Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;*
- c. Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;*
- d. Que hubiesen estado afiliados a cajas provisionales del sector privado que tuvieran a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.*

Parágrafo. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.”. (Negrilla resaltado por la Sala)

Personas excluidas del RAIS

El literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, que a la letra indica;

“b) Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieren cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes.”.
(Negrilla resaltado por la Sala)

La Corte Constitucional en sentencia C – 674 de 2001 analizó el literal de dicha norma dentro del marco del régimen de transición, concluyendo que la norma se ajusta a los principios constitucionales de la seguridad social y no es discriminatoria, por cuanto establece una diferencia de trato que tiene un fundamento objetivo y razonable, siendo declarada exequible, allí se dijo:

“...el Legislador consideró que permitir que las personas que ya estaban próximamente a jubilarse en el régimen anterior pudieran trasladarse al régimen de ahorro individual podría tener efectos traumáticos para el sistema, y en especial para las entidades que tenían a su cargo esas pensiones, como el ISS, que hubieran debido pagar inmediatamente esos bonos pensionales a los nuevos fondos pensionales que tendrían a su cargo el manejo del régimen de ahorro individual. En efecto, debe tenerse en cuenta

que en el régimen de prima media, las mesadas de los pensionados son cubiertas periódicamente, mientras que el pago del bono pensional implica el traslado del total del capital acumulado en un solo contado, por lo cual, era razonable que la ley previera mecanismos de transición para evitar desequilibrios en el sistema. Por ello, la norma acusada que las personas ya próximas a jubilarse no podrían ingresar al régimen de ahorro individual, salvo que aceptaran cotizar en él durante 500 semanas.

11. Conforme a lo anterior, el trato diferente previsto por el literal b) acusado persigue finalidades constitucionales importantes ya que pretende evitar traumatismos financieros al sistema pensional. La medida es además proporcionada puesto que debe recordarse que, como contrapartida a la exclusión de la posibilidad acceder al régimen de ahorro individual, estas personas pueden acceder a su pensión de jubilación en el régimen de prima media en condiciones más favorables que los otros pensionados ya que, como se señaló anteriormente, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 prevé que la situación de estos afiliados siga regulada por las normas vigentes antes de esa ley, que eran más generosas para el trabajador en relación con la edad para acceder a la pensión, su monto, y el número requerido de semanas cotizadas.”.

Ahora bien, en sentencia T-2019 de 2014 la Corte Constitucional, concluyo que la exclusión del RAIS de un hombre mayor de 55 años, estaba condicionada a que el afiliado mantuviera una vinculación laboral con algún empleador o pudieran seguir aportando como independiente, **y que, de lo contrario, debería manifestar bajo juramento su imposibilidad de seguir cotizando**, manifestó:

“(…) el derecho al bono pensional se adquiere en el momento en que el afiliado al sistema general de pensiones decide trasladarse de régimen pensional, razón por la cual este derecho se debe regir por las normas que se encuentren vigentes en ese momento.

*(…) el **Decreto 1513 de 1998**, “por el cual se modifican y/o adicionan algunos artículos de los Decretos Reglamentarios 1748 de 1995 y 1474 de 1997 y se dictan otras disposiciones”. En el **artículo 28** de esta norma, se **establece que la obligación consagrada en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 de cotizar quinientas (500) semanas en el RAIS, estaba condicionada a que el afiliado mantuviera una vinculación laboral o pudiera seguir cotizando como independiente. De lo contrario, el afiliado debería manifestar que estaba en imposibilidad de seguir cotizando.**”.* (Negrilla fuera de texto)

Lo expuesto de forma antecedente, no va en contravía de lo indicado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia No. SL4313 – 2019, en donde se hace énfasis a que deben ser revisadas las circunstancias particulares del afiliado, para verificar si se encontraba bajo una condición de imposible cumplimiento y con ello ser exonerado de la exigencia de cotizar 500 semanas al RAIS, al respecto mencionó;

“Si un afiliado no mantiene una vinculación laboral con algún empleador o no puede continuar cotizando como independiente al régimen de ahorro individual con solidaridad, no resulta pertinente exigirle completar las quinientas semanas para acceder al beneficio prestacional -devolución de saldos y el pago de los bonos pensionales a los que haya lugar-, ni puede considerarse excluido del sistema o que no fue válida su afiliación.”

CASO CONCRETO

El señor Fernando Antonio Suarez Fajardo (q.e.p.d.) estuvo afiliado al RPM a través de Cajas o Fondos de Previsión Social del sector público y al Instituto de los Seguros Sociales y se trasladó, tal como dan cuenta las certificaciones de información laboral de folios 33 y 44, así como el resumen de semanas cotizadas de folio 50, acreditando un total de 746.78 semanas, que se trasladó de régimen pensional al RAIS a través de Horizonte Pensiones y Cesantías hoy AFP PORVENIR S.A. el 30 de mayo de 2000 con efectividad el 1 de julio del mismo año (fls. 5, 103 y 104), esta última entidad, reconoció una devolución de saldos por valor de \$1.332.750.00 por el tiempo vinculado y cotizados al RAIS desconociendo los tiempos laborados y reportados en el RPM bajo lo previsto en el literal b) del artículo 61 de la Ley 100 de 1993 (fls. 15 – 16) a su hija María del Socorro Suarez Bejarano, que el causante cumplió 55 años de edad el 27 de febrero de 1993, pues, su fecha de nacimiento fue el mismo día y mes del año 1938, por lo que al momento del traslado contaba con 62 años, que falleció el 26 de marzo de 2013 (Fl. 3) **sin que hubiera expresado imposibilidad de continuar cotizando al régimen de pensiones por no tener capacidad económica.**

Nótese, como para el momento del traslado al RAIS contaba con más de 150 semanas cotizadas al RPM y aunque no se cotizo 500 semanas en el nuevo régimen, contaba con la posibilidad de manifestar bajo la gravedad de juramento su imposibilidad de seguir cotizando, de no ser porque falleció en el año 2013, sin embargo, es evidente que no mantuvo una vinculación laboral, pues no existe reporte o novedad alguna al respecto en el sistema, por lo que mal haría considerarse excluido del sistema o que su afiliación no fue válida, desconociéndose el tiempo de prestación de servicio por casi 15 años, siendo irrisorio exigir una cotización de 500 semanas al no haber presentado en vida una solicitud en la cual manifestara la imposibilidad de seguir cotizando, cuando fue totalmente indiscutible.

De otro lado, los precedentes jurisprudenciales traídos a colación no pueden ser aplicados en su integridad, ya que las situaciones fácticas no son las mismas, al no estar frente a un afiliado discapacitado o que haya adelantado una solicitud de imposibilidad de continuar cotizando.

Basta lo hasta aquí expuesto para revocar el fallo de primera instancia, para en su lugar, declarar que Fernando Antonio Suárez Fajardo (q.e.p.d.) tiene derecho al bono pensional, en consecuencia, se condena al reconocimiento y pago del mismo a la demandante en virtud a lo establecido en el artículo 76 de la Ley 100 de 1993.

Costas de esta instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. y en favor de la parte demandante, las de primera instancia deberán ser revocadas dadas las resultas del proceso, corriendo la misma suerte, por lo que, deberán ser tasadas en primera instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 13 de octubre de 2021 por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, del proceso instaurado por MARÍA DEL SOCORRO SUÁREZ BEJARANO en contra de NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por las razones expuestas en esta instancia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., que en un término improrrogable de un (1) mes, contado a partir de la notificación de la presente sentencia, reconozca y pague a la señora MARÍA DEL SOCORRO SUÁREZ BEJARANO la devolución de saldos prevista en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con lo señalado en esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la Oficina de Bonos Pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO que reconozca y pague la redención del bono pensional del señor Fernando Antonio Suárez Fajardo (q.e.p.d.), al momento en que sea solicitada por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., en cumplimiento de lo ordenado en el numeral segundo de esta providencia.

CUARTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR

S.A. en la suma de \$1.160.000.00 pesos y en favor de la demandante, las de primera instancia se revocan dadas las resultados del proceso las cuales quedaran a cargo de la demandada PROVENIR S.A. y en favor de la demandante, las cuales deben ser tasadas en primera instancia.

Notifíquese y cúmplase,



JOSÉ WILLIAM ZULUAGA GONZÁLEZ
Magistrado Ponente



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105015201900713-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación Pensión Vejez.

Procede la Sala a conocer del grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 5 de abril de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **EMPERATRIZ CUELLAR CASTIBLANCO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

EMPERATRIZ CUELLAR CASTIBLANCO, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se declare que el descuento en salud mediante resolución GNR 298189 del 12 de noviembre de 2013 es ilegal, en consecuencia, de condene a la devolución de dichos dineros, a la reliquidación de la pensión de vejez, indexación, intereses moratorios (art. 141 de la Ley 100 de 1993, a lo extra y ultra petita, costas y gastos del proceso.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, presento ante el ISS hoy COLPENSIONES, solicitud de pensión de vejez el 21 de octubre de 2008, que mediante resolución No. 015330 del 26 de mayo de 2010 presento los recursos de ley, que con resolución No. 010501 del 25 de marzo de 2011 se resolvió recurso de reposición, que mediante resolución No. 2919 del 21 de julio de 2011 resolvió recurso de apelación, en las cuales se confirmó la resolución No. 015330, que mediante resolución del 12 de noviembre de 2013 reconoció pensión de vejez a partir del 1 de abril de 2008, la cual fue notificada personalmente el 22 de noviembre del mismo año, del retroactivo se descontó \$4.269.184 por concepto de aportes en salud, que

realizo los aportes en salud como independiente en favor de la EPS COLPATRIA desde mayo de 2009 hasta diciembre de 2013, que mediante derecho de petición del 26 de octubre de 2016 se solicitó ante COLPENSIONES la devolución de los dineros descontados por concepto de salud, junto con el pago de la indexación e intereses moratorios, sin que se hubiera dado respuesta a lo peticionado. (fls. 2-4)

Contestación de la demanda

Notificada de la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones; aceptó la mayoría de los hechos y en su defensa argumento que, los aportes en salud no le corresponden a la demandante, ya que el pago del porcentaje en salud se hará al Fondo de Solidaridad y Garantía en salud, ello en atención al cubrimiento de los derechos fundamentales de la demandante y como garantía del sistema de seguridad social en salud, frente a la liquidación de la prestación reconocida se reconoció conforme a la reglas aplicables al valor mínimo o máximo de la pensión, otorgándose una mesada por la suma de \$461.500.00. Formuló en su defensa las excepciones de fondo, que denomino; prescripción, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 124-131)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 5 de abril de 2021, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, condeno a COLPENSIONES al reconocimiento y pago en favor de la demandante de los intereses moratorios, sobre las mesadas pensionales causadas desde el 21 de febrero de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2013 que fueron reconocidas como retroactivo mediante resolución GNR 298189 del 12 de noviembre de 2013 y absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas sobre reintegro y devolución de suma descontadas por aportes a la seguridad social en salud debidamente indexadas, declarando demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación propuestas por la parte demandada y condeno en costas a COLPENSIONES.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente las partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del

proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo a lo establecido por el artículo 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de primera instancia, la Sala, deberá determinar si hay o no lugar al reconocimiento y pago de intereses moratorios sobre el retroactivo pensional reconocido en resolución GNR 298189 del 12 de noviembre de 2013, para lo cual, el Despacho verificara además lo correspondiente a la excepción de prescripción.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones radicada el 26 de octubre de 2016, donde se solicitó el pago de intereses moratorios sobre el valor de las mesadas pensionales reconocidas. (fls. 41-46)

CALIDAD DE PENSIONADA DE LA DEMANDANTE

No es materia de discusión que COLPENSIONES le reconoció a la señora CUELLAR CASTIBLANCO, pensión de vejez mediante Resolución GNR 298189 del 12 de noviembre de 2013, teniendo en cuenta para ello lo señalado en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, así como un IBL de \$537.470, suma a la cual le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, arrojando una mesada pensional de \$461.500 a partir del 1 de abril de 2008. (fls. 35-39)

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Al respecto, sea lo primero señalar que conforme a lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 *“A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”*

Los intereses de mora contemplados en dicho artículo, se consideran generados cuando existe mora en el reconocimiento y pago de las mesadas pensionales, por lo tanto, los mismos se producen de pleno derecho por el simple hecho de que la entidad se encuentre en mora de reconocer y pagar la pensión a que tiene derecho el afiliado, cuando no la otorga dentro de los plazos legalmente establecidos para ello; además, conforme a lo señalado por el parágrafo 1 artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el reconocimiento de la pensión de vejez, se debe resolver *“en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario con la correspondiente documentación que acredite su derecho”*.

Así entonces, la Administradora de Pensiones, entrará en mora desde el día siguiente al vencimiento del plazo otorgado por ley para el reconocimiento de la prestación, en otras palabras, a partir del día siguiente al cumplimiento de los 4 meses que tiene para dar respuesta a la solicitud pensional; como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, en diferentes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, que han abordado el tema, entre otros, es pertinente citar la sentencia con radicación 43564 del 5 de abril de 2011, donde se señaló claramente lo arriba expuesto, diciendo: *“Como lo ha explicado esta Sala de la Corte, la imposición de los intereses moratorios debe hacerse desde el momento en el que vence el plazo legal para que la entidad de seguridad social otorgue el derecho pensional, pero ello es así en condiciones normales, vale decir, cuando se está frente a una sola petición de reconocimiento de la prestación (...).”*

También, advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que no hay lugar a imponer intereses moratorios, cuando se otorga una pensión en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial (CSJ SL787-2013, reiterada en la CSJ SL2941-2016), o existe controversia entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL 21 sep. 2010, rad. 33399 y CSJ SL14528-2014). Y que, *“los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones”* (sentencia SL1681 de 2020). (Negrilla fuera de texto)

En el presente asunto, advierte la Sala, que, la señora Emperatriz Cuellar Castiblanco, tiene derecho a su prestación pensional desde el 1 de abril de 2008; sin embargo, para el 21 de octubre de 2008 fecha en la que presento su solicitud pensional la entidad demandada negó la prestación con acto administrativo No. 015330 del 26 de mayo de 2010 (fls. 11-14), entonces, tal circunstancia es razón válida para conceder los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, máxime cuando la demandante, estuvo privada de su derecho, durante el tiempo que injustificadamente el ISS hoy COLPENSIONES, alegó que ésta no cumplía con los requisitos, tal como lo concluyó el Juez de Instancia.

DE LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION

El artículo 151 del C.P.L., sobre la prescripción de los derechos en materia laboral indica: *“PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”* (Negrilla fuera de texto)

Aclarado lo anterior, ha de advertirse que el derecho pensional es a todas luces imprescriptible, no ocurriendo lo mismo con las mesadas pensionales, las cuales prescriben si transcurridos tres años de su causación no se reclaman.

En el presente caso, se advierte que, la demandante, cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo el presupuesto del Acuerdo 049 de 1990 el 1 de abril de 2008; reclamó ante el ISS hoy COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de la prestación pensional el 21 de octubre de 2008 (fl. 11); no obstante, esa Entidad, mediante resolución No. 015330 del 26 de mayo de 2010, negó lo pretendido (fls. 11-14); ante lo cual se interpusieron los recursos de ley, los cuales fueron resueltos mediante actos administrativos No. 010501 del 25 de marzo de 2011 y 02919 del 21 de julio de 2011 que confirmaron la negativa (fls. 25-34), petición que la demandante reitero el 21 de septiembre de 2011, con la cual se dio lugar a la resolución No. GNR 29189 del 12 de noviembre de 2013 en la cual se concedió el derecho (fls. 36-39) y que fue notificada el día 22 del mismo mes y años (fl. 35); radicando la demandante, la presente demanda, el 24 de octubre de 2014, como consta en el acta de reparto que milita en el folio 119.

Si bien desde la primera solicitud elevada transcurrido más de 3 años, lo cierto, es que, entre el 21 de septiembre de 2011 cuando se elevó nuevamente solicitud para el reconocimiento de la prestación pensional, se interrumpe el fenómeno de la prescripción, que sumada a la mora de la entidad en el reconocimiento de la prestación con acto administrativo del 12 de noviembre de 2013, notificado el día 22 del mismo mes y año, (tiempo que no puede ser imputado a la parte demandante, dándose una suspensión) y la radicación de la demanda, transcurrió el término fijado en el artículo 488 del CST, en concordancia con el 151 del CPTSS, respecto de los intereses moratorios de las mesadas pensionales causada entre el 1 de abril al 20 de septiembre de 2008, por lo que, operó el fenómeno de la prescripción de forma parcial, circunstancia que se adicionara a la sentencia objeto de estudio.

Así las cosas, la demandada debía haber dado respuesta el 21 de enero de 2012, entonces, se modificará el ordinal primero de la sentencia para aclarar que los intereses moratorios serán reconocidos desde el 22 de enero de 2012 y hasta noviembre de 2013, teniendo en cuenta que el retroactivo se pagó en diciembre de 2013, respecto de las mesadas pensionales causadas el 21 de septiembre de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2013.

Sin costas en esta instancia, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 5 de abril de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por EMPERATRIZ CUELLAR CASTIBLANCO en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para en su lugar,

DECLARAR que opero la excepción de prescripción de forma parcial, respecto de los intereses moratorios de las mesadas pensionales causada entre el 1 de abril al 20 de septiembre de 2008, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida el 5 de abril de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por EMPERATRIZ CUELLAR CASTIBLANCO en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, desde el 22 de enero de 2012 y hasta noviembre de 2013, respecto de las mesadas pensionales causadas el 21 de septiembre de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2013.

TERCERO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Se confirman las de primera instancia, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105015201700767-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación Pensión de Jubilación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 20 de enero de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **CRISTOBAL MIGUEL ÁLVAREZ ÁLVAREZ** en contra de **BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A.**

ANTECEDENTES

CRISTOBAL MIGUEL ÁLVAREZ ÁLVAREZ, instauró demanda ordinaria laboral en contra de BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A., para que, se declare que al momento de liquidar la prestación pensional no se tuvo en cuenta la totalidad de los sueldos devengados en el último año, ni los factores salariales devengados, en consecuencia, se condene a la reliquidación de forma indexada de la pensión de sobreviviente, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año, junto a los incrementos anuales de la prestación de jubilación, al retroactivo indexado, al pago de la mesada adicional de junio, costas y agencias en derecho, a lo extra y ultra petita.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, trabajo por más de 20 años con el Banco Comercial Antioqueño luego Banco Santander, Banco Corpbanca Colombia S.A. hoy Banco Itaú Corpbanca S.A., que se suscribieron convenciones colectivas de trabajo, en donde se pactó el

reconocimiento y pago de una pensión convencional, que laboro para dicha entidad desde el 17 de julio de 1968 hasta el 22 de diciembre de 1995, que al momento de su renuncia al cargo devengaba la suma de \$365.208.00, que en el último año de servicios devengo \$3.785.959.00, por concepto de auxilio de incapacidad \$795.275.000, de conformidad con los conceptos aprobados en convención colectiva 1991 – 1993, por trabajo nocturno \$15.587.00, horas extras diurnas \$92.301.00, por horas extras nocturnas \$133.424.00, entre el 26 de diciembre de 1994 al 25 de diciembre de 1995 bonificación extralegal – auxilio de transporte \$152.634.00, en junio de 1995 bonificación extralegal – mesada adicional de junio \$458.676.00, diciembre de 1995 bonificación extralegal – mesada adicional de diciembre \$542.546.00, bonificación extralegal – prima de vacaciones \$757.042.00, diciembre de 1995 bonificación extralegal – bonificación adicional del mes de diciembre \$20.000.00, bonificación extralegal – vacaciones extralegales \$365.208.00, bonificación extralegal por antigüedad \$1.500.000.00 y bonificación extralegal – bonificación por retiro para acceder a pensión de jubilación \$410.000.00.

Indicó que, todos los beneficios extralegales recibidos en el último año de servicios son de naturaleza salarial, pero no fueron incluidos para la liquidación de la pensión convencional.

Refirió que, cumplió 60 años en el año 2001, que fue subrogado al RPM en el año 2003 situación dispuesta en acta transaccional y en la Convención Colectiva de Trabajo, dejando de recibir la mesada adicional de junio, que el 13 de julio de 2016 se radico ante Banco Corpbanca Colombia S.A. solicitud de reliquidación de la pensión. (fls. 1-9)

Contestación de la demanda

Notificada de la demanda, la **ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A.**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; aceptó algunos de los hechos y en su defensa argumento que, entre las partes existió un contrato, el cual finalizó por renuncia libre y voluntaria del demandante, vínculo entre el 17 de julio de 1968 al 22 de diciembre de 1995, que el 23 de diciembre de 1995 el banco reconoció una pensión extralegal transitoria hasta que cumpliera 60 años para acceder a una pensión de vejez de carácter compartible, que la Convención Colectiva de Trabajo vigente para la época fue la de 1991 – 1993 que en su art. 54 contempla el derecho al reconocimiento y pago de una pensión convencional, la cual fue liquidada con una tasa de reemplazo superior al 84% del salario promedio devengado durante el último año de servicios, teniendo en cuenta los factores salariales devengados, inclusive se tuvieron en cuenta conceptos que no hacían parte, que se pretende la inclusión de factores que no tuvieron connotación salarial. Formuló las excepciones de fondo que denominó; cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, compensación y prescripción. (fls. 178-188)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 20 de enero de 2021, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas, declaro demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, condeno en costas a la demandante; al respecto, consideró el Juez de instancia que, el demandante no cumplía con los requisitos para acceder a la prestación convencional, dado que no cumplía con la edad de 55 años, la que se reconoció de forma anticipada por mutuo acuerdo entre las partes a los 54 años, no obstante, al cumplimiento de la edad debía aplicarse la Convención Colectiva de Trabajo, sin que le asista razón a la parte demandante, ya que dicha normatividad especial solo hace referencia a una asignación básica mensual devengada y no a otros factores salariales devengados, así las cosas, al verificar las operaciones aritméticas correspondientes se logra determinar que el banco otorgo incluso un valor superior al reconocido convencionalmente, en cuanto a la mesada catorce el demandante confeso que la ha recibido en su momento por el banco y posteriormente por COLPENSIONES, y los incrementos pensionales año a año se han venido aplicando.

Del recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión el demandante, interpuso recurso de apelación, insistiendo en que, erro el fallo en la valoración probatoria fls. 38, 361 y 371 que contienen la certificación de salarios y la liquidación de la pensión de jubilación, siendo procedente la reliquidación y los pagos retroactivos indexados, también se error respecto del estudio de las pruebas que reposan a folios 367 y 369 del expediente al indicar que el demandante no cumplía los requisitos para obtener pensión convencional frente al tipo de pensión reconocida y por consiguiente la fórmula de liquidación de la misma, se limitó a aplicar el art. 54 de la Convención Colectiva de 1991 para su liquidación, la cual fue declarado ilegal y violatorio de los derechos de los pensionados esto en sentencia SL 10641 de 2014, por último, se comparó que en salarios mínimos de 1995 el salario básico equivaldría a tres mínimos y que en ese mismo año se le reconoció sobre la mitad, por lo que, confunde esa comparación frente a la figura de la pérdida del poder adquisitivo.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente la parte demandada solicito se confirme la sentencia de primera instancia, ya que la prestación pensional se reconoció incluso con una tasa superior, por su parte, el demandante guardo silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de primera instancia y en el recurso de apelación presentado por el demandante, la Sala, deberá determinar si hay o no lugar a la reliquidación de la pensión convencional teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No es materia de discusión que el demandante laboro al servicio de la demandada desde el 17 de julio de 1968 al 22 de diciembre de 1995 y jubilado por la entidad desde el 23 de diciembre de 1995, recibiendo una mesada pensional en cuantía inicial de \$309.951.00, que surge del último salario por la suma de \$365.208.00 al que se le aplico el porcentaje del 84.86%. (fl. 24)

DE LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

El artículo 54 de la Convención Colectiva de Trabajo 1991 – 1993 (fl. 252), suscrita entre el Banco Comercial Antioqueño y ACEB, estableció:

*“Todo empleado del Banco que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de 20 años de servicio continuos o discontinuos a la Institución, tendrá derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación que se computara sobre el promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro del Banco, **sin tener en cuenta bonificaciones**, así: sobre los primeros \$600 pesos del promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro, el 80% de dicho sueldo; por los excedentes de \$600 pesos hasta \$1.000, el 60%; por los excedentes de \$1.000 hasta \$3.000 el 40% y por excedentes de \$3.000 el 30%. De manera que el computo de la pensión será la suma de los diferentes porcentajes de acuerdo con el promedio del salario básico devengado por el empleado en el año anterior al retiro de la institución.*

Si al hacer la liquidación de acuerdo con la presente reglamentación, la pensión de jubilación resultare inferior a la que le correspondería al

empleado de acuerdo con la ley vigente, el trabajador quedará jubilado con lo que le corresponda legalmente.”. (Negrilla fuera de texto)

Entonces, el precepto legal establecido carece de alcance nacional, y sus efectos se restringen a las partes firmantes y, eventualmente, a los otros trabajadores de la empresa, tal como fue afirmado por el A quo, por lo que, en este se encuentra regulado los beneficios y prestaciones en favor de los pensionados, dentro del cual se establece que el valor de la pensión a reconocer, se calcula sobre el promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro de la entidad, sin tener en cuenta las bonificaciones.

Se duele el apelante, frente al actuar del Juez de primera instancia, alegando que se limitó a aplicar el art. 54 de la Convención Colectiva de 1991 para su liquidación, la cual fue declarado ilegal y violatorio de los derechos de los pensionados esto en sentencia SL 10641 de 2014, que al respecto indica:

*“La cláusula 68 remite a los artículos 54 y 55 de la misma convención para indicar el valor de esta pensión; en el primero de estos se establece que, con 20 años de servicio a la institución, la pensión **se computará sobre el promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro del banco, sin tener en cuenta bonificaciones** así: sobre los primeros \$600 pesos del promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro, el 80% de dicho sueldo; por los excedentes de \$600 pesos hasta \$1.000, el 60%; por los excedentes de \$1.000 hasta \$3.000 el 40% y por excedentes de \$3.000 el 30%, **de manera que el cómputo de la pensión será la suma de los diferentes porcentajes, de acuerdo con el promedio del salario básico devengado por el empleado en el año anterior al retiro de la institución.** Y agrega que si la liquidación de la pensión, en arreglo a dicha tabla, da como resultado una inferior a la que le correspondería al empleado de acuerdo con la ley vigente, la pensión será equivalente a la legal. En el artículo 55, se establece un incremento adicional sobre la base fijada en el anterior, del 2% en cada una de las escalas, para después de 20 años de servicios.”. (Negrilla resaltado por la Sala)*

Frente al precedente jurisprudencial que trae a colación, es importante mencionar que no aplica al caso concreto, pues los supuestos fácticos mencionados son totalmente diferentes, se enfocó, el máximo órgano de cierre ordinario en la institución jurídico procesal de la prescripción cuando existen menores de edad y del requisito de la dependencia económica para acceder a una prestación pensional de sobrevivientes, si bien, hizo referencia a los parámetros establecidos en el art. 54 de la Convención Colectiva de Trabajo 1991 – 1993, lo cierto, es que no declaro ilegal la norma y mucho menos violatoria de los derechos de los pensionados, evidenciándose una inadecuada interpretación del precedente por parte de la apelante, por el contrario, se reafirma la forma en que se liquida dicha prestación.

Al respecto, y frente a la rigurosidad que encierra la aplicación de las normas convencionales entre las partes, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral en sentencia del 13 de febrero de 2013 con radicación No. 46025, dijo:

*“En cuanto a la errada interpretación del artículo 54 de la convención colectiva de trabajo, debe reiterarse que no es función de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación fijar el sentido **como norma jurídica a las convenciones colectivas**, puesto que, no obstante, la gran importancia que tienen en las relaciones obrero patronales y en la formación del Derecho del Trabajo, jamás pueden participar de las características de las normas legales de alcance nacional. Por esa misma razón, son las partes en primer término las llamadas a determinar su sentido y alcance, por lo que, en tanto actúa como tribunal de casación, lo único que puede hacer, y ello siempre y cuando las características del desatino sean de tal envergadura que puedan considerarse errores de hecho manifiestos, es corregir la errada valoración como prueba de tales convenios normativos de condiciones generales de trabajo en el ámbito de su aplicación.”. (Subrayado fura de texto)*

Resulta, necesario mencionar que se alega una indebida apreciación de pruebas documentales aportadas al proceso a folios 38, 361, 371, 367 y 369, sin embargo, una vez revisadas las mismas se tiene que a folio 38 aparece una planilla integrada de autoliquidación de aportes y los demás folios no existen, ya que el proceso solo cuenta con un cuaderno de 287 folios.

No obstante, efectivamente le asiste razón al Juez primigenio, al aseverar que se reconoció la prestación pensional de jubilación convencional en una suma superior, máxime, cuando del documento de liquidación (fl. 21), se logra determinar, que la demandada tuvo en cuenta no solo el salario base para la liquidación de la prestación, como lo consagra la norma convencional, además el auxilio de transporte y bonificaciones extralegales.

Por tal motivo, en atención al tenor literal de la cláusula, a la intención de las partes y los principios de autonomía de la voluntad en la negociación colectiva, se concluye que el artículo 54 de la Convención Colectiva de Trabajo 1991 – 1993, dispuso como seria el reconocimiento del derecho pensional y, en consecuencia, se confirmara la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la recurrente por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

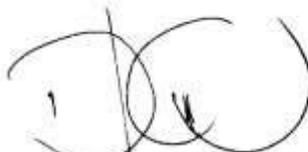
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de enero de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por CRISTOBAL MIGUEL ALVAREZ ALVAREZ en contra de BANCO ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A., conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia por la suma de \$600.000.00 a cargo de la parte demandante y en favor de la parte demandada. Se confirman las de primera instancia, dadas las resultados del proceso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105033201900780-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Nulidad Revocatoria Directa acto administrativo que reconoció pensión de vejez a la demandante.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante, en contra de la sentencia proferida el 23 de junio de 2022, por el Juzgado Primero (01) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARÍA OLINDA CAMACHO DE HERNÁNDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

MARÍA OLINDA CAMACHO DE HERNÁNDEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, se revoque la resolución GNR 71481 del 07 de marzo de 2016, en todas y cada una de sus partes; y, en consecuencia, que se ordene el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez, con el pago de todas las mesadas causadas desde la fecha de su suspensión, con sus respectivos ajustes e indexación; que, se disponga el restablecimiento del derecho a la Seguridad Social Integral, esto es, Salud y Pensión; que, se ordene el levantamiento de las medidas cautelares que gravan el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 321-36235 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Socorro; que, se cancelen las costas y erogaciones a que haya lugar.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, solicitó a COLPENSIONES, el reconocimiento de la pensión de vejez, y luego de la asesoría respectiva, donde los funcionarios de esa Administradora, le informaron que sí tenía derecho, procedió a radicar los documentos correspondientes para

el reconocimiento pensional; que, mediante resolución GNR 247781 del 07 de julio de 2014, COLPENSIONES, le reconoció la pensión de vejez, junto con un retroactivo pensional de \$28.972.099.

Indicó que, el 05 de octubre de 2015, fue diagnosticada con cáncer de mama y durante los meses de noviembre y diciembre de 2015, estuvo en tratamiento diario de quimioterapia; que, COLPENSIONES, inició trámite de investigación administrativa especial No. 0072 del 17 de noviembre de 2015, concluyendo que el usuario “*jmtorresp*”, efectuó correcciones a su historia laboral, por lo que el reconocimiento de la pensión de vejez se realizó de forma ilegal, así que, a través de la resolución GNR 71481 del 07 de marzo de 2016, procedió a la revocatoria directa del acto administrativo de reconocimiento pensional, de conformidad con el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, el artículo 243 de la Ley 1450 de 2011 y el artículo 4 de la Ley 1437 de 2011; ordenando además, el reintegro de los valores pagados; decisión que fue notificada por aviso fijado el 20 de septiembre de 2017, en la página web de la Entidad, sin que pudiera ejercer su derecho de contradicción y defensa, debido a la contingencia de salud que padecía.

Refirió que, COLPENSIONES, remitió a la Gerencia Nacional de Cobro, la resolución GNR 71481 del 07 de marzo de 2016, como título ejecutivo, para iniciar el cobro coactivo; que, el 01 de agosto de 2018, presentó recurso de reposición y subsidiario de apelación, el cual se negó por resolución SUB 257456 del 28 de septiembre de 2018, por haberse presentado fuera del término legal; que, bajo la resolución 5124 del 21 de noviembre de 2017, se inició el proceso de cobro coactivo en su contra por la suma de \$46.949.177 más los intereses de mora y gastos procesales, además se ordenó el embargo del único bien inmueble que posee.

Dijo que, aún continua en tratamiento médico, no ha podido ejercer su defensa ni aportar los medios de prueba para desvirtuar las acusaciones de COLPENSIONES, respecto a las cotizaciones que dice esa Administradora no fueron efectuadas, pues, además corresponden a los años 1971, 1983 y 1992, no tiene soportes y las empresas ya no existen; que, no ha participado en la comisión de ninguna conducta criminal; y que, adquirió el reconocimiento de la pensión de vejez, bajo el principio de la buena fe y la confianza legítima.

Que, nuevamente presentó solicitud del reconocimiento pensional y COLPENSIONES, a través de la resolución SUB 108601 del 07 de mayo de 2019, negó el derecho pensional (fls. 6-20 Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, presentó escrito de contestación oportunamente, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; aceptó la mayoría de los hechos y en su defensa argumentó que, sin existir una solicitud de corrección de historia laboral por parte de la señora MARÍA OLINDA CAMACHO de HERNÁNDEZ, la trabajadora de la Gerencia Nacional de Operaciones identificada con el usuario

“jmtorresp” efectuó correcciones injustificadas en la historia laboral tradicional de la actora, 6 días antes de la radicación de la solicitud para el reconocimiento de una prestación económica, consistente en ampliar en la historia laboral tradicional el periodo de cotización con el patronal N°01006116313 que corresponde a O A C & CIA LTDA modificando la fecha de ingreso al 01 de enero de 1972 (fecha real de ingreso 20 de agosto de 1981), creando un cambio de salario al 01 de enero de 1992 y modificando la fecha de retiro real al 18 de junio de 1992 (fecha de retiro real 18 de junio de 1982), adjudicándole sin explicación alguna un total de 1.024 semanas, que le permitieron acceder a la pensión de vejez de manera irregular, por lo que, en uso de sus facultades legales, esa Administradora, adelantó la investigación administrativa correspondiente, de la cual fue enterada la demandante y revocó el reconocimiento pensional. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (Archivo 04).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de junio de 2022, el Juzgado Primero (01) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dejó en firme la resolución GNR71481 del 07 de marzo de 2016, en lo referente a la revocatoria directa del acto administrativo que le reconoció la pensión de vejez a la demandante, pero la dejó sin efectos con respecto a la orden de reintegrar los recursos girados a título de mesada, retroactivos y aportes; declaró el hecho superado en relación con el levantamiento de las medidas cautelares y probada la excepción de inexistencia de la obligación, condenando en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la demandante, interpuso recurso de apelación argumentando que, la actora, siempre ha actuado de buena fe, para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, aportando todos los documentos necesarios y cumpliendo con los requisitos legales para someterlos a su riguroso estudio por parte de COLPENSIONES, quien le otorgó el derecho, sin que, considere que resulta razonable, que de manera súbita se revoque unilateralmente el derecho pensional que lícitamente le fue otorgado; que, la revocatoria directa de los actos administrativos emitidos por COLPENSIONES, socaba la seguridad jurídica, pues, en cualquier momento a sus afiliados les pueden ser arrebatados sus derechos pensionales; que, al inicio de la investigación administrativa por parte de COLPENSIONES, la demandante se encontraba atendiendo sus quebrantos de salud, por lo que, no contaba con la vitalidad suficiente para ejercer su derecho a la defensa; que, por vía de tutela se obtuvo el levantamiento de las medidas cautelares, concluyendo en dicha

decisión que, en el proceso de cobro coactivo se vulneró el derecho de defensa de la señora CAMACHO DE HERNÁNDEZ.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la demandante, insistió en que, la pensión de vejez le fue reconocida legalmente por parte de COLPENSIONES, porque cumplió debidamente con los requisitos legales, por lo tanto, no podía esa Administradora, después de haber transcurrido mucho tiempo de haber reconocido la pensión, de manera súbita, tomar la decisión de revocar unilateralmente un derecho pensional que lícitamente había sido adjudicado por la entidad competente; que, siempre le fueron cancelados por parte de sus empleadores, los aportes para pensión entre los años 1971 a 1992, siendo desconcertante lo manifestado por la demandada, quien sin prueba alguna, sugirió que los funcionarios de COLPENSIONES, se inventaron más de veinte años de trabajo para asignar una pensión; que siempre ha actuado de buena fe y no ha sido objeto de ninguna investigación de carácter penal donde se demuestre que actuó de manera fraudulenta para la consecución de la pensión de vejez.

COLPENSIONES, solicitó confirmar la sentencia apelada, por no cumplir la demandante, con los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de vejez.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por la demandante, la Sala deberá determinar si COLPENSIONES debe reestablecer el pago de la pensión de vejez reconocida a la actora, o si, por el contrario, resulta acertada la decisión de la *a quo*, en cuanto dejó en firme la resolución GNR 71481 del 07 de marzo de 2016, referente a la revocatoria directa de dicho reconocimiento.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ Y SU REVOCATORIA DIRECTA

Afirma la demandante en su recurso que cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y, por tanto, COLPENSIONES, le otorgó esa prestación, sin que resulte válido que de manera abrupta y sin ejercer su derecho de defensa, se le haya revocado el pago de la prestación pensional.

Al respecto, dispone el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, que:

ARTÍCULO 19. REVOCATORIA DE PENSIONES RECONOCIDAS IRREGULARMENTE. *Los representantes legales de las instituciones de Seguridad Social o quienes respondan por el pago o hayan reconocido o reconozcan prestaciones económicas, deberán verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos para la adquisición del derecho y la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para obtener el reconocimiento y pago de la suma o prestación fija o periódica a cargo del tesoro público, cuando quiera que exista motivos en razón de los cuales pueda suponer que se reconoció indebidamente una pensión o una prestación económica. En caso de comprobar el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, debe el funcionario proceder a la revocatoria directa del acto administrativo aun sin el consentimiento del particular y compulsar copias a las autoridades competentes.*

La anterior disposición, por sentencia C-835 de 2003, se declaró condicionalmente exequible, pues, según la Corte Constitucional:

“...en desarrollo del debido proceso la revocatoria establecida en el artículo 19 de la ley 797 de 2003 tiene que cumplir satisfactoriamente con la ritualidad prevista en el Código Contencioso Administrativo o en los estatutos especiales que al respecto rijan. Vale decir, con referencia al artículo 19 acusado el acto administrativo por el cual se declara la revocatoria directa de una prestación económica, deberá ser la consecuencia lógica y jurídica de un procedimiento surtido con arreglo a los artículos 74, 28, 14, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo, sin perjuicio de la aplicación de las normas de carácter especial que deban privilegiarse al tenor del artículo 1 del mismo estatuto contencioso. Pero en todo caso, salvaguardando el debido proceso. Igualmente, mientras se adelanta el correspondiente procedimiento administrativo se le debe continuar pagando al titular –o a los causahabientes- de la pensión o prestación económica las mesadas o sumas que se causen, esto es, sin solución de continuidad. Y como respecto del titular obra la presunción de inocencia, le corresponde a la Administración allegar los medios de convicción que acrediten la irregularidad del acto que se cuestiona. Es decir, la carga de la prueba corre a cargo de la Administración.

Por lo tanto, los motivos que dan lugar a la hipótesis revocatoria del artículo 19 no pueden entenderse de manera indeterminada, aislada, ni al margen del debido proceso. Antes bien, la manifiesta ilegalidad, tanto de las conductas reprochadas como de los medios utilizados para acceder a la prestación económica que se cuestione, debe probarse plenamente en el procedimiento administrativo que contemplan las prenotadas disposiciones, para lo cual el titular del derecho prestacional o sus causahabientes deberán contar con todas las garantías que inspiran el debido proceso en sede administrativa, destacándose el respeto y acatamiento, entre otros, de los principios de la necesidad de la prueba, de la publicidad y la contradicción; y por supuesto, imponiéndose el respeto y acatamiento que ameritan los términos preclusivos con que cuenta el funcionario competente para adelantar y resolver cada etapa o lapso procedimental. Así, la decisión revocatoria, en tanto acto reglado que es, deberá sustentarse en una ritualidad sin vicios y en una fundamentación probatoria real, objetiva y trascendente, en la cual confluyan de manera evidente todos los elementos de juicio que llevaron al convencimiento del funcionario competente para resolver. En conclusión, entre la parte motiva y la parte resolutive del acto de revocatoria directa deben mediar relaciones de consonancia que estén acordes con los respectivos mandatos constitucionales y legales, particularmente, con el debido proceso, la legalidad de los derechos adquiridos y la defensa del Tesoro Público. Recordando además que, en materia de supresión de actos administrativos, no es lo mismo cuando interviene un funcionario administrativo que cuando interviene el juez; y que, en todo caso, la revocatoria directa de un acto administrativo que reconoce una pensión o prestación económica sólo puede declararse cuando ha mediado un delito.

La Corte deja claramente establecido que cuando el litigio versa sobre problemas de interpretación del derecho; como por ejemplo, el régimen jurídico aplicable, la aplicación de un régimen de transición; o la aplicación de un régimen especial frente a uno general; estos litigios deben ser definidos por los jueces competentes de conformidad con el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 y que en consecuencia no procede la revocatoria directa del acto administrativo sin el consentimiento del particular.

Sólo bajo estos lineamientos se declarará la exequibilidad condicionada del artículo 19 de la ley 797 de 2003; en el entendido que el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, se refiere siempre a conductas que estén tipificadas como delito por la ley penal.”

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, frente a lo dispuesto en el artículo 19 de la ley 797 de 2003, ha señalado que, tal disposición le otorga a las Administradoras de pensiones la facultad de revisión de manera oficiosa, esto es, aun sin consentimiento del interesado, cuando se advierta que la prestación pensional fue otorgada por error, equivocación o en contravía de la ley, en aras de remediar cualquier irregularidad e inexactitud en su concesión. Así lo advirtió, entre otras, en la sentencia con radicado 36707 del 07 de julio de 2010, reiterada en la SL2339 de 2022, donde señaló:

“Ese tema atinente a la revocatoria del acto administrativo que otorga una prestación económica y la consecuente suspensión del pago de las mesadas, ha sido definido por esta Sala, en el sentido de que tal decisión es procedente, aún sin el previo consentimiento del beneficiario, cuando la entidad de seguridad social, en este caso el ISS, estimare que se otorgó por error, equivocación o en contravía de la ley; así quedó definido en la sentencia del 20 de octubre de 2000, radicación 14513, reiterada en la del 14 de agosto de 2007, radicación 30418.

La Sala ha explicado que en lo que hace al reconocimiento de prestaciones económicas, en principio las entidades de seguridad social no se hallan sujetas a restricciones como las que prevén los artículos 73 del C.C.A. o 357 del C.P.C. e incluso antes de la Ley 100 de 1993 el artículo 42 del Decreto 2665 de 1988, previó que el I.S.S. debe proceder a la suspensión inmediata de las prestaciones económicas y de salud cuando se compruebe que conforme a los reglamentos no se tenía derecho a ella, desde luego quedando a salvo la posibilidad de los afectados de acudir a la justicia, pues la entidad deberá responsabilizarse por los perjuicios que pueda generar su actitud si resulta ser contraria a la ley.

Así las cosas, es evidente que se equivocó el Tribunal al concluir que no podía el ISS revocar en forma unilateral el acto administrativo mediante el cual le había concedido al actor la pensión de sobrevivientes; sin embargo, los cargos no están llamados a prosperar, en tanto en instancia la Corte llegaría a la misma conclusión.”

En el presente caso, conforme a las pruebas allegadas al proceso, se advierte que, la demandante, nació el 26 de marzo de 1950 y, el 24 de junio de 2014, solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue otorgada, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, mediante la resolución GNR 247781 del 07 de julio de 2014, en cuantía de \$515.000 a partir del 24 de junio de 2010, por acreditar un total de 7.475 días laborados, correspondientes a 1.067 semanas cotizadas por el empleador O A C & CIA LTDA, de 1972/01/01 a 1992/06/18 (Archivos 01 y 05).

Igualmente, se encuentra demostrado que, mediante auto 0072 del 17 de noviembre de 2015, el Oficial de Cumplimiento de COLPENSIONES, dispuso la apertura de una investigación administrativa especial, por *“indicios de un reconocimiento de pensión con fundamento en documentos falsos, presiones indebidas, inducción a error a la administradora o cualquier otra práctica corrupta que finalice en un acto administrativo de reconocimiento de una prestación económica”* de la demandante, *“en aras de verificar en forma oficiosa los soportes que sirvieron de fundamento para la expedición del acto administrativo GNR N° 247781 del 07 de julio de 2014”* (PDF 9 Archivo 05); decisión que le fue comunicada a la actora, el 20 de noviembre de 2015, señalando que *“pese a no existir ninguna solicitud de corrección de historia laboral, se pudo constatar que el día 19 de junio de 2014 esto es, 6 días antes de la radicación de la solicitud de pensión, se realizó una corrección de Historia Laboral (HL) presuntamente indebida, consistente en ampliar la relación laboral con patronal N°01006116313 que corresponde a O A C & CIA LTDA relacionado así:*

N° Patronal	Nombre Patronal	PERIODOS DE HL CON SOPORTE		PERIODOS DE HL SIN SOPORTE	
		Desde	Hasta	Desde	Hasta
01006116313	O A C & CIA LTDA	20 agosto de 1981	18 junio de 1982	01 enero de 1972	19 agosto de 1981
				19 junio de 1982	18 junio de 1992
				Total sin soporte: 1.024 semanas aprox.	

(...) 4. Al haberse ampliado la relación laboral con el patronal N° 01006116313 que corresponde a O A C & CIA LTDA, entre el 01 de enero de 1972 hasta el 19 de agosto de 1981 y desde el 19 de junio de 1982 hasta el 18 de junio de 1992, se crearon sin soporte en su historia laboral 1.024 (mil veinticuatro) semanas aproximadamente, con las cuales la Gerencia Nacional de Reconocimiento resolvió su solicitud de reconocimiento pensional radicada el 24 de junio de 2014...” (PDF 112 Archivo 05).

Teniendo en cuenta lo anterior, y ante el silencio de la actora, COLPENSIONES emitió la resolución GNR 71481 del 07 de marzo de 2016, revocando la GNR 247781 del 07 de julio de 2014 y negando la pensión de vejez a la demandante, pues, la investigación adelantada por el Oficial de Cumplimiento, concluyó que: *“las modificaciones realizadas a la historia laboral de la señora MARIA OLINDA CAMACHO DE HERNÁNDEZ (adición de 1.024 semanas) y efectuadas por parte de la usuaria “jmtorresp” como funcionaria del área de corrección de historia laboral de la Gerencia Nacional de Operaciones el día 19 de junio de 2014, las cuales fueron incluidas en la pensión o prestación económica que fue reconocida mediante el acto administrativo GNR N°247781 del 07 de julio de 2014, fueron efectuadas sin justificación ni soporte, por lo tanto dichas semanas no pueden hacer parte de la historia laboral de la señora MARIA OLINDA CAMACHO de HERNÁNDEZ ni deben ser tenidas en cuenta para el beneficio de una prestación económica”* (PDF 88 Archivo 01).

Contra la anterior determinación, el 01 de agosto de 2018, la actora interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación, alegando que no pudo ejercer

oportunamente su defensa por encontrarse en tratamiento de un cáncer maligno que le había sido diagnosticado, vulnerando sus derechos fundamentales, *“abusando la entidad de su condición de superioridad frente al administrado, se base en la mera razón, que la funcionaria encargada, se equivocó y cambió el historial laboral, por lo tanto se revoca su derecho reconocido en plena confianza legítima”* (fls. 52-60 Archivo 01); COLPENSIONES, a través de la resolución SUB 257456 del 28 de septiembre de 2018, rechazó los recursos por haberse presentado fuera de la oportunidad legal (Archivos 01 y 05).

Así pues, sin desconocer el estado de salud de la demandante, quien conforme a la historia clínica y órdenes médicas que militan de folios 90 a 136 del archivo 01 del expediente digital, para el año 2016 fue diagnosticada con cáncer de mama; lo cierto es que, ésta no acreditó, estando en la obligación de hacerlo, que sí cumplía con el requisito mínimo de semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez, pues, conforme a la historia laboral allegada por COLPENSIONES, y, sin incluir los tiempos de servicios que concluyó esa Administradora, no tenía soporte alguno, la señora MARIA OLINDA CAMACHO DE HERNÁNDEZ, sólo cotizó 42.29 semanas en toda su vida laboral (Archivo 05).

Por lo tanto, no acreditando la parte actora, el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación pensional, considera la Sala, acertada la decisión de Primera Instancia, al dar plena validez y dejar en firme la resolución GNR 71481 del 07 de marzo de 2016, que dispuso la revocatoria directa de la pensión de vejez, bajo el argumento de que de manera irregular y sin soporte documental se crearon tiempos de servicio *“con el patronal N° 01006116313 que corresponde a O A C & CIA LTDA, entre el 01 de enero de 1972 hasta el 19 de agosto de 1981 y desde el 19 de junio de 1982 hasta el 18 de junio de 1992”*, lo cual no fue desvirtuado por la demandante, en el trámite administrativo, ni en el curso de este proceso; razón por la cual, se confirmará la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia a cargo de la demandante. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2022), por el Juzgado Primero (01) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARÍA OLINDA CAMACHO DE HERNÁNDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta Instancia a la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$580.000 a favor de la demandada. Se confirman las costas de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105016201900799-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Cambio de modalidad pensional

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 29 de julio de 2022, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **EDUARDO ESQUIVEL ORDÓÑEZ** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**

ANTECEDENTES

EDUARDO ESQUIVEL ORDÓÑEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y SEGUROS ALFA S.A., para que, se declare que la AFP PORVENIR S.A., incurrió en omisión en el deber de información que tiene las entidades del orden financiero en relación a su afiliado, conforme a la Ley 1328 de 2009; que, se declare nulo por falta de consentimiento el cambio de modalidad pensional realizado por la AFP PORVENIR S.A., de Retiro Programado a Renta Vitalicia; y, en consecuencia, que se ordene a la AFP PORVENIR S.A., reestablecer la modalidad pensional de retiro programado, con todos los beneficios a partir del mes de febrero de 2018; que, se ordene a SEGUROS ALFA S.A., a trasladar el valor total de su ahorro pensional a la respectiva cuenta de ahorro individual administrada por la AFP PORVENIR S.A.; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a la devolución de \$3.164.258, correspondientes a los saldos dejados de trasladar a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., en el trámite de cambio de modalidad pensional; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., al pago de los intereses moratorios, sobre la anterior suma de dinero, desde el mes de febrero de 2018 a la fecha de ejecutoria de la sentencia;

que, se declare la nulidad de la Renta Vitalicia y se ordene a la AFP PORVENIR S.A., a continuar pagando las mesadas pensionales; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a pagar el excedente del valor de la mesada pensional correspondiente al incremento del año 2018, 2019 y subsiguientes, desde el momento en que SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., asumió el pago de la pensión; que, se condene a las demandadas, al pago de la indemnización total y ordinaria de que trata el artículo 216 del CST, perjuicios que incluyen los materiales y lucro cesante de las mesadas pensionales dejadas de percibir, conforme al juramento estimatorio presentado; que, se conceda lo ultra y extra petita, junto con las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 07 de julio de 1949; que, le fue reconocida pensión de vejez, en el RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A., a partir del mes de abril de 2015, en cuantía inicial de \$1.416.061, bajo la modalidad de retiro programado, a la cual optó mediante formulario diligenciado el 17 de marzo de 2015; que, para el año 2017, la pensión bajo la modalidad de ahorro programado, equivaldría a \$1.497.500, teniendo en cuenta un capital acumulado de \$320.650.012; que, para diciembre de 2017, después de canceladas las 13 mesadas pensionales, su ahorro pensional acumulado ascendía a la suma de \$338.890.818.

Indicó que, mediante oficio del 04 de enero de 2018, la AFP PORVENIR S.A., le informó, que el pago de las mesadas pensionales, se efectuaría los día 11 de cada mes, porque debían ajustar su mesada de acuerdo a los parámetros técnicos impuestos por el Gobierno Nacional para el cálculo de mesadas; que, mediante oficio del 31 de enero de 2018, la AFP PORVENIR S.A., le comunicó que había contratado una renta vitalicia, teniendo como soporte el control de saldos contemplado en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993; que, en ningún momento le solicitó a la AFP PORVENIR S.A., el cambio de modalidad de su pensión a Renta Vitalicia, ya que su decisión desde el año 2015, fue el Retiro Programado; que, la AFP PORVENIR S.A., desde el mes de febrero de 2018, modificó la modalidad de su pensión a Renta Vitalicia, sin su consentimiento.

Refirió que, la Administradora demandada, no le informó los motivos o razones concretas que tuvo para modificar su modalidad pensional; tampoco le indicó de manera detallada el procedimiento de contratación de la póliza de renta vitalicia con SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.; que, la AFP PORVENIR S.A., no determinó con estudios técnicos que el dinero consignado en su cuenta de ahorro individual sea insuficiente para financiar una pensión en la modalidad de retiro programado.

Manifestó que, mediante derecho de petición presentado ante PORVENIR S.A., solicitó no modificar su modalidad pensional; sin embargo, esa AFP, en respuesta del 31 de enero de 2018, reiteró que, en virtud de su deber legal de realizar control de saldos a las cuentas de ahorro individual, se debía modificar a Renta Vitalicia, sin mediar mayor información respecto a los motivos del cambio; que, para abril de 2018, su capital acumulado ascendió a

\$341.241.892, habiendo aumentado gracias al retiro programado que eligió desde 2015.

Que, inconforme con el cambio de modalidad pensional, el 14 de junio de 2018, presentó queja ante la Superintendencia Financiera de Colombia, pero la AFP demandada, mediante respuestas del 22 de junio y 31 de julio de 2018, insistió en los mismos argumentos relacionados con el control de saldos, sin detallar razones concretas del capital acumulado, ni mucho menos el procedimiento para elegir a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., como administradora de la póliza de renta vitalicia; que, la Superintendencia Financiera, le informó que los hechos que suscitaron su queja son competencia de la Jurisdicción Ordinaria - Laboral.

Dijo que, requirió en tres oportunidades a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., para que cancelara su póliza de renta vitalicia y regresara su afiliación al retiro programado con la AFP PORVENIR S.A., pero ésta se limitó a indicarle que desde febrero de 2018, suscribió la póliza de renta vitalicia 95962, por solicitud de PORVENIR S.A., de conformidad con el artículo 12 del Decreto 832 de 1996; que, la mesada a percibir con SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., para el año 2018, es de \$1.427.552, mientras que, con la COMPAÑÍA DE SEGUROS SURAMERICANA S.A., con base en los egresos registrados, la expectativa de vida y el grupo familiar, le ofrecía una mesada de \$1.699.137, lo que demuestra que la AFP PORVENIR S.A., no tuvo en cuenta ofertas superiores que hubiesen beneficiado a su afiliado.

Advirtió que, desde febrero de 2018, no recibe, ni reclama la mesada pensional consignada por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., pues, no ha solicitado que esa Entidad, sea la encargada del pago de su pensión, sino que se trató de una decisión arbitraria de la AFP PORVENIR S.A., que lo ha afectado económica, familiar y moralmente (fl. 66-80 y 86-103 Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, presentó escrito de contestación oportunamente, se opuso a las pretensiones; negó la mayoría de los hechos y argumentó que, informó en forma continua al demandante, todas y cada una de las gestiones adelantadas en busca de cumplir con el deber legal de proteger sus ingresos futuros; además que, contrario a lo manifestado por el actor, éste sí era conocedor de la posibilidad de que disminuyera la rentabilidad de su fondo de pensiones, autorizando cotizar la póliza de renta vitalicia con tres Compañías y contratar la más favorable a sus intereses; que, la AFP PORVENIR S.A., actuó en cumplimiento de un deber legal, con extrema buena fe y dentro de la legalidad de los procedimientos. Formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la AFP PORVENIR S.A., falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica y prescripción (Archivo 02).

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., también dio contestación dentro del término legal, se opuso a las pretensiones y dijo no constarle la mayoría de los hechos; aclaró que, no tuvo incidencia en la decisión adoptada por PORVENIR S.A., del cambio de modalidad pensional del demandante, que esa Administradora, tomó de manera autónoma y en virtud del control de saldos a que se refiere el inciso tercero del artículo 81 de la Ley 100 de 1993; que, la AFP, celebró contrato irrevocable de renta vitalicia con esa Aseguradora, razón por la cual se expidió la póliza 95962 del 06 de febrero de 2018, por la cual el señor EDUARDO ESQUIVEL ORDOÑEZ, se encuentra pensionado y percibiendo la renta o mesada pensional, calculada sobre el monto de la prima única traspasada por PORVENIR S.A., por valor de \$338.007.634. Propuso las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. – VIDALFA S.A., hecho exclusivo de un tercero, prescripción, compensación y la innominada o genérica (Archivo 07).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de julio de 2022, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró nulo el cambio de modalidad pensional del demandante, de retiro programado a renta vitalicia efectuado por la AFP PORVENIR S.A., a partir de febrero de 2018; condenó a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., a trasladar a la cuenta de ahorro individual del demandante administrada por la AFP PORVENIR S.A., el valor recibido por prima única por la póliza de renta vitalicia contratada por tales compañías y que ascendió al monto de \$338.077.634, de cuyo valor autorizó descontar las mesadas pagadas desde febrero de 2018; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a recibir los recursos y reactivar la cuenta de ahorro pensional del actor y su pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado y continuar pagándole las mesadas bajo tal modalidad; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a recalcular el valor de la mesada del demandante, en la modalidad de retiro programado, teniendo en cuenta los saldos de capital resultantes a fin de cada año y sus rendimientos respectivos, como si siempre hubiese permanecido en dicha modalidad, debiendo cancelar las diferencias que llegaren a resultar en comparación con los valores de mesada que fueron pagados por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., teniendo para el año 2018, como valor en el retiro programado, una mesada de \$1.558.748; absolvió a las demandadas, de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las demandadas, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **AFP PORVENIR S.A.**, argumentó que, para dar solución a las pretensiones del demandante, el *a quo*, tuvo en cuenta jurisprudencia relacionada con el incumplimiento del deber de información para el cambio de régimen pensional, que no resulta aplicable al caso, pues, considera que con las pruebas allegadas

al proceso se encuentra demostrado que en el año 2015 cuando se reconoció el derecho pensional al actor, en la modalidad de retiro programado, éste mismo aceptó a ver sido suficientemente informado, además de haber aceptado que en el supuesto caso de una disminución de los dineros para no pagar la mesada pensional bajo esa modalidad, facultaba a PORVENIR para contratar con una aseguradora la póliza de renta vitalicia; que, contrario a lo señalado por el Juez de Instancia, esa AFP, sí le informó al actor, de forma anticipada la contratación de la renta vitalicia, advirtiéndole las razones de tipo legal por las que se había tomado tal decisión; que, el cambio de la modalidad pensional a favor del demandante, no fue un capricho de PORVENIR S.A., sino que se trató del cumplimiento de un deber legal, así las cosas, de aceptar lo ordenado por el Juez de Primer Grado, esa Administradora, pondría en riesgo el derecho pensional del afiliado, ya que sin un cálculo es imposible determinar si realmente es o no beneficioso para éste, retrotraer el pago de la pensión de vejez, a través del retiro programado; que, ni el demandante, ni el Juez de Primera Instancia, en su decisión acreditaron perjuicio alguno por el cambio de modalidad pensional, por lo que solicitó revocar la sentencia apelada y la condena en costas impuesta.

Por su parte, **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**, señaló que, desde la contratación de la renta vitalicia con la AFP PORVENIR S.A., esa aseguradora ha actuado de buena fe, ha cumplido con todas las obligaciones legales derivadas del mismo, desconociendo el *a quo*, que tal contrato es de carácter irrevocable; que, SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., no tuvo ninguna incidencia en la decisión de PORVENIR S.A., de contratar la renta vitalicia, siendo esa Administradora quien de manera autónoma e independiente, en virtud del deber legal del control de saldos a que se refiere el inciso tercero del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, tomó esa medida a favor del demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la AFP PORVENIR S.A., reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, advirtiéndole que, la decisión de contratar una renta vitalicia para el actor está basada en la obligatoriedad legal que se le impone a esa Administradora, de evitar el riesgo de descapitalización de la cuenta de ahorro pensional, evitando que el saldo llegue a un nivel que no sea suficiente para contratar una Renta Vitalicia. Para lograr lo anterior, claramente la AFP PORVENIR S.A., solicitó cotización de las rentas vitalicias a las aseguradoras que tienen aprobado el ramo buscando encontrar opciones varias para el pensionado y, de conformidad con su obligación legal procedió como corresponde, contratando el 30 de enero de 2018 la Renta Vitalicia con SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., entidad encargada de administrar el pago de las mesadas pensionales del demandante, decisión que tomó soportada en la autorización expresa firmada por el señor ESQUIVEL ORDÓÑEZ, en el año 2015, por lo tanto, sus pretensiones son completamente inexistentes.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver los recursos de alzada, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación presentados por las demandadas, la Sala deberá determinar, si resulta acertada o no la decisión del *a quo*, que declaró nulo el cambio de modalidad pensional del actor, de retiro programado a renta vitalicia, o sí, por el contrario, fue válida dicha decisión, como lo advierte la AFP PORVENIR S.A., quien alega que tal determinación se efectuó en cumplimiento de un deber legal.

DEL CAMBIO DE MODALIDAD PENSIONAL DE RETIRO PROGRAMADO A RENTA VITALICIA POR DECISIÓN UNILATERAL DE LA AFP PORVENIR S.A.

Alegan las demandadas, que, la AFP PORVENIR S.A., en cumplimiento del deber legal de revisión de saldos de las cuentas de ahorro pensional de sus afiliados, verificada la disminución del capital pensional del actor, en aras de garantizar el pago de su mesada, procedió a modificar la modalidad de pensión, de retiro programado a renta vitalicia como lo sabía y autorizó el demandante, al momento del reconocimiento del derecho, por lo que, tal decisión no puede declararse nula, alegando un incumplimiento por parte de esa Administradora, al deber de información, cuando el señor ESQUIVEL ORDOÑEZ, siempre estuvo enterado de esa posibilidad.

Al respecto, dispone los artículos 79, 80 y 81 de la Ley 100 de 1993:

ARTÍCULO 79. MODALIDADES DE LAS PENSIONES DE VEJEZ, DE INVALIDEZ Y DE SOBREVIVIENTES. *Las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, podrán adoptar una de las siguientes modalidades, a elección del afiliado o de los beneficiarios, según el caso:*

- a) Renta vitalicia inmediata;*
- b) Retiro programado;*
- c) Retiro programado con renta vitalicia diferida; o*
- d) Las demás que autorice la Superintendencia Bancaria.*

ARTÍCULO 80. RENTA VITALICIA INMEDIATA. *La renta vitalicia inmediata, es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho. Dichas rentas y pensiones deben ser uniformes en términos de poder adquisitivo constante y no pueden ser contratadas por valores inferiores a la pensión mínima vigente del momento.*

La administradora a la que hubiere estado cotizando el afiliado al momento de cumplir con las condiciones para la obtención de una pensión, será la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites o reclamaciones que se requieran, ante la respectiva aseguradora.

ARTÍCULO 81. RETIRO PROGRAMADO. <Ver Notas del Editor> El retiro programado es la modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiera lugar.

Para estos efectos, se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de su cuenta de ahorro y bono pensional, por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad.

El saldo de la cuenta de ahorro pensional, mientras el afiliado disfruta de una pensión por retiro programado, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente.

Lo dispuesto en el inciso anterior, no será aplicable cuando el capital ahorrado más el bono pensional si hubiere lugar a él, conduzcan a una pensión inferior a la mínima, y el afiliado no tenga acceso a la garantía estatal de pensión mínima.

Cuando no hubiere beneficiarios, los saldos que queden en la cuenta de ahorro al fallecer un afiliado que esté disfrutando una pensión por retiro programado, acrecentarán la masa sucesoral. Si no hubiere causahabientes, dichas sumas se destinarán al financiamiento de la garantía estatal de pensión mínima.

Igualmente, el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, compilado en el artículo 2.2.6.3.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, señala que:

ARTÍCULO 12. CONTROL DE SALDOS EN EL PAGO DE PENSIONES BAJO LA MODALIDAD RETIRO PROGRAMADO. En los términos del artículo 81 de la Ley 100 de 1993, las AFP que ofrezcan el pago de pensiones bajo la modalidad Retiro Programado, deben controlar permanentemente que el saldo de la cuenta de ahorro individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión pagada bajo tal modalidad, no sea inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de Renta Vitalicia.

En desarrollo de tal previsión, con sujeción al Decreto 719 de 1994, y normas que lo adicionen, modifiquen o sustituyan, el afiliado informará por escrito a la AFP en el momento de iniciar el Retiro Programado, la aseguradora con la cual ésta deberá contratar la Renta Vitalicia en caso de que el saldo no sea suficiente para continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad Retiro Programado, sin perjuicio de que su decisión pueda ser modificada posteriormente. En todo caso, la administradora contratará con la última aseguradora informada por el afiliado.

La AFP deberá informar al pensionado con por lo menos cinco (5) días de anterioridad a la adquisición de la póliza, sobre la necesidad de continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad Renta Vitalicia, así como las nuevas condiciones de pago de la misma.

En todo caso deberá incorporarse en el contrato de retiro programado o en el reglamento respectivo, una cláusula que aluda al artículo 81 de la Ley 100 de 1993, el cual especifica que el saldo de la cuenta individual, mientras el afiliado disfruta de una pensión bajo esta modalidad, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una Renta Vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente, indicando que por tal razón, en el momento en que el saldo deje de ser suficiente, deberá adquirirse una póliza de Renta Vitalicia.

PARÁGRAFO PRIMERO. *Si el saldo final de la cuenta individual fuese inferior a la suma necesaria para adquirir una Renta Vitalicia y la AFP no tomó en su oportunidad las medidas necesarias para evitar esta situación, la suma que haga falta será a cargo de la AFP, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar por el incumplimiento a un deber legal.*

PARÁGRAFO SEGUNDO. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público por medio de resolución, y previa consulta con la Superintendencia Bancaria, fijará las fórmulas matemáticas a emplear por las AFP para establecer si un afiliado puede contratar un Retiro Programado de acuerdo con los parámetros empleados para calcular el Saldo de Pensión Mínima que se describen en el artículo 9o del presente decreto.*

En relación con las características del RAIS, y el cambio de la modalidad pensional de retiro programado a renta vitalicia, explicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1024 de 2022, que:

“...el RAIS, está a cargo de las administradoras de pensiones privadas que, entre otras, tienen las siguientes obligaciones: i) ofrecer diferentes «fondos de pensiones», en los que debe invertir los recursos de las cuentas de ahorro individual, cuyas condiciones y características determina el Gobierno Nacional en atención a las edades y los perfiles de riesgo de los afiliados; ii) garantizar una rentabilidad mínima; iii) informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera que puedan tomar decisiones adecuadas; y iv) enviar a sus afiliados, al menos cada tres meses, un extracto que dé cuenta de las sumas depositadas, sus rendimientos y saldos (CSJ SL2935-2020).

En este esquema pensional del RAIS no existen beneficios predefinidos, pues se trata de un sistema de capitalización individual, en el que el valor de la prestación de vejez depende de las sumas acumuladas en la cuenta de ahorro individual del asegurado, las cuales provienen de las cotizaciones -obligatorias y voluntarias- del afiliado o de sus empleadores, del bono pensional y de los subsidios del Estado si a ello hay lugar, así como del rendimiento de los saldos en el mercado financiero (CSJ SL1168-2019).

Modelo éste que para el cálculo del beneficio pensional contempla variables determinantes como el sexo y factores demográficos que establecen los años de disfrute del mismo, y se mide contra la esperanza de vida del afiliado y de su grupo familiar al momento de comenzar a percibirlo. Igualmente, la prestación de vejez se reconoce cuando el afiliado reúne el capital necesario para financiarla, ello en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, sin que sea necesario cumplir con otro requisito; además cuando el afiliado no reúne tal suma o capital, pero acredita cierta edad -57 años para las mujeres o 62 los hombres- y un número mínimo de semanas cotizadas -1.150-, tiene derecho a la garantía de pensión mínima (CSJ SL1534-2019).

En el régimen de ahorro individual, la Ley 100 de manera general estableció tres modalidades de pensión, cada una con características diferentes, que luego mediante Circular 013 del 24 de abril de 2012, expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, adicionó en cuatro más, esto es, en la actualidad este régimen, como lo recordó la Sala en la sentencia CSJ SL5286-2019, cuenta con siete modalidades de pensión, cuyas características esenciales, a título de mera ilustración, son las siguientes:

Retiro programado, que de paso valga recordar es la reconocida a la demandante Martha Lucía Moncada Garrido, se encuentra a cargo de la AFP, quien la paga directamente de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, la

mesada se calcula todos los años basándose en la rentabilidad del capital existente en la cuenta y la expectativa de vida, además tiene la característica de ser revocable por el afiliado para contratar otro tipo de modalidad y, cuando el capital disminuya, de oficio la administradora se encuentra no solo facultada sino también obligada para contratar una renta vitalicia para así asegurarle al pensionado un ingreso de por lo menos un salario mínimo.

Esta modalidad de pensión se recalcula año tras año, teniendo en cuenta, entre otros ítems, las diversas variables económicas, el capital existente en la cuenta de ahorro individual y un eventual aumento o disminución en la esperanza de vida.

Además, en caso de fallecimiento del pensionado que escoge esta modalidad de pensión, los dineros pasan a la masa hereditaria, si no existieran beneficiarios de la prestación. En esta modalidad los riesgos financieros son asumidos por el asegurado tal como lo prevé el artículo 81 de la Ley 100 de 1993.

Renta vitalicia. Esta modalidad está en cabeza de una aseguradora con la que se contrata, en forma irrevocable y vitalicia, el pago de una renta o pensión, que puede ser trasladada a los beneficiarios legalmente establecidos en caso de fallecimiento del asegurado y se extingue si no existen beneficiarios. El incremento anual está sujeto al IPC. Los riesgos de mercado y de extralongevidad los asume la compañía de seguros, pues así lo prevé el artículo 80 ibídem.

(...)

Volviendo a la modalidad de retiro programado, que es la que concierne al sub lite, el valor de la mesada mensual se calcula cada año y equivale a la doceava parte de una anualidad, la cual se establece al dividir el saldo de la cuenta de ahorro por el capital necesario para financiar una renta vitalicia para el pensionado y sus beneficiarios. Cuando un afiliado esté percibiendo una prestación de este tipo, el saldo de su cuenta no puede ser inferior al capital que se requiere para financiar una renta permanente de un salario legal mensual vigente.

Lo precedente explica por qué cuando el afiliado escoge la modalidad de retiro programado, la ley impuso a las administradoras de pensiones la obligación de realizar controles de saldos de manera permanente, respecto de las cuentas de ahorro individual, conforme al artículo 12 del Decreto 832 de 1996. Dicho precepto establece:

(...)

De acuerdo con lo dicho, las administradoras de pensiones no solo deben ejercer un control permanente sobre los saldos de las cuentas de ahorro individual de los pensionados que opten por la modalidad de retiro programado, pues también tienen la obligación de tomar medidas eficaces y oportunas para evitar su descapitalización.

No obstante, la posibilidad de que aquellas pueden adoptarse incluso hasta que la cuenta permita «financiar al afiliado y sus beneficiarios una Renta Vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente» puede generarle un perjuicio al pensionado, toda vez que en tal escenario su capital habrá disminuido considerablemente lo que, además, dificultaría la contratación de una renta vitalicia con una aseguradora.

De ahí que, una de las obligaciones de las AFP consiste en llevar a cabo acciones desde el momento en que adviertan una eventual descapitalización de la cuenta individual del pensionado, a fin de evitar que el valor de la prestación se disminuya a tal punto que llegue a esa suma mínima e implique que, por fuerza,

pierda su poder adquisitivo, en contra de lo previsto en la Constitución Política y la ley...”

Pues bien, conforme a las pruebas allegadas al plenario, encuentra la Sala, que, la AFP PORVENIR S.A., le reconoció al demandante, una pensión de vejez, a partir del 29 de abril de 2015, habiendo éste seleccionado, mediante comunicación del 17 de marzo de 2015, la modalidad de retiro programado, según formulario radicado en la misma fecha, donde además se advierte que:

“...manifiesto que, habiendo recibido información suficiente sobre las modalidades de pensión previstas en la ley 100/93, he optado por el Retiro Programado.

Así mismo, declaro que conozco los riesgos implícitos de esta modalidad pensional y concretamente la posibilidad de que el monto de mi mesada pensional disminuya por efecto de la rentabilidad obtenida en el fondo de pensiones y, que en consecuencia, podría llegar a ser necesario contratar una Renta Vitalicia con una compañía de seguros.

Por ello y luego de haber obtenido de la Administradora información suficiente sobre las compañías de Seguros que ofrecen la modalidad de Renta Vitalia, autorizo en forma amplia a PORVENIR S.A., para que en mi nombre cotice la póliza de Renta Vitalicia con tres (3) compañías y, cuando sea el caso, proceda a contratar dicha póliza con la que ofrezca el monto de pensión más favorable” (fl. 6 Archivo 01 y 10 Archivo 02)

Además, el 31 de enero de 2018, la AFP PORVENIR S.A., le informó al actor, que se encontraba adelantando el proceso de cotización y contratación de una póliza de renta vitalicia, encontrando que la mejor propuesta la presentó Seguros de Vida Alfa S.A., con la indicación de los pasos a seguir para que dicha aseguradora, asumiera el pago de la mesada pensional (fls. 13-14 Archivo 01); el 11 de febrero de 2018, el actor, manifestó su inconformidad al respecto (fls. 20-21 Archivo 01), por lo que, la AFP demandada, en comunicación del 21 de febrero de 2018, le explicó que, *“Usted se encontraba pensionado a través de la modalidad de Retiro Programado y por ello su pensión debía ser recalculada cada año, teniendo en cuenta variables, tales como el capital acumulado, la expectativa de vida del pensionado y de su grupo familiar y la tasa de rendimiento esperada del Fondo Especial de Retiro Programado. Tales parámetros podrían conducir a que su mesada fuera aumentada o disminuida. Ahora bien, como Administradores de Fondo de Pensiones tenemos la obligación legal de realizar periódicamente un control de saldos con el fin de asegurarle a usted como pensionado que el capital de su cuenta no llegue a ser inferior al necesario para financiar un salario mínimo, y que su mesada sea un valor constante en el tiempo”* (fls. 22-23 Archivo 01); respuesta reiterada por la demandada, el 08 de marzo de 2018 (fls. 26-29 Archivo 01), el 22 de junio de 2018 (fls. 34-35 Archivo 01) y el 31 de julio de 2018 (fls. 38-40 Archivo 01).

Asimismo, se aportó al plenario la copia de la póliza de seguro de renta vitalicia inmediata que, adquirió la AFP PORVENIR S.A., a favor del actor, con SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. y la relación detallada de pago de mesadas que esa aseguradora le ha consignado al demandante, entre febrero de 2018 y enero de 2021 (Archivo 08).

Por todo lo anterior, y, contrario a lo señalado por el Juez de Primer Grado, considera la Sala, que, la AFP PORVENIR S.A., sí cumplió con el deber de informar al demandante, desde el reconocimiento de la pensión de vejez, las consecuencias de aceptar la modalidad de retiro programado y, específicamente con relación a la necesidad de adquirir una renta vitalicia en caso de una descapitalización de su ahorro pensional, aceptando el actor, tales condiciones, al suscribir el formulario de fecha 17 de marzo de 2015, sin manifestar oposición alguna al respecto en aquella oportunidad. Téngase en cuenta que, el control de saldos, no es una facultad oficiosa de las Administradoras de Fondos de Pensiones, sino un mandato legal, pues, éstas conforme a la normatividad ya reseñada, se encuentran obligadas a adoptar las medidas necesarias para evitar un detrimento en el valor de la mesada pensional de sus afiliados y, por tanto, desde la elección inicial, el pensionado autoriza la posibilidad de cambiar su modalidad pensional ante la posible reducción del capital con que se financia la pensión de vejez.

Nótese que, de no advertir la AFP, la reducción del capital para cubrir el derecho pensional de sus afiliados, ésta debe asumir con cargo a su propio patrimonio, la suma de dinero que haga falta para completar el capital necesario para adquirir una renta vitalicia, además de responder por las sanciones administrativas que pueda acarrearle tal incumplimiento a un deber legal; de ahí que, se reitera, dicha decisión no fue una arbitrariedad de PORVENIR S.A., sino el cumplimiento de un mandato legal, al advertir el riesgo de descapitalización de la cuenta de ahorro individual del demandante, quien no puede asumir el riesgo de agotar el capital para el pago de su prestación pensional.

Tampoco puede endilgarse responsabilidad alguna a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., en la determinación de PORVENIR S.A., de contratar la renta vitalicia, pues, aunque no se acreditó en el plenario que la AFP, haya cotizado con otras aseguradoras, tal defecto no vicia ni hace ineficaz la contratación de la renta vitalicia, como imperativo legal para que no se torne insuficiente el capital que respaldará el pago de la pensión.

Conforme los argumentos anteriormente expuestos, habrá de revocarse la sentencia apelada, ya que, no hubo un incumplimiento de la AFP PORVENIR S.A., al deber de información que le impone entre otras, explicar a sus usuarios, las distintas modalidades pensionales y sus características; en su lugar, se absolverá a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en la alzada. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo del demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida el 29 de julio de 2022, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en la alzada. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **11001-31-05-028-2020-0009-01**
Demandante: **JORGE ANTONIO ALONSO LANCHEROS**
Demandado: **CONSULTORIA COLOMBIANA SA**

En Bogotá D.C. a los **30 DIAS DEL MES DE AGOSTO DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido en la Ley 2213 de 2022, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, , y de prorroga Acuerdo PCSJA 23-12084 de 28 de julio 2023, emanados del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones presentadas, se procede a resolver los recursos de apelación formulado por el demandante y el demandado contra la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

JORGE ANTONIO ALONSO LANCHEROS instauró demanda ordinaria en contra de **CONSULTORIA COLOMBIANA S.A.**, para que previo el trámite del proceso se declare que entre las partes existió contrato de trabajo a término fijo entre el 9 de julio de 2018 hasta el 8 de octubre de 2018, que dicho contrato se renovó automáticamente entre el 9 de octubre de 2018 hasta el 8 de enero de 2019, que se declare que el contrato finalizó sin justa causa y unilateralmente por parte del empleador el 31 de marzo de 2019, en

consecuencia fuera condenado a pagar cesantías, intereses, vacaciones, primas de servicios, indemnizaciones por despido sin justa causa, y moratoria, indexación, lo que resulte probado extra y ultra petita, y costas

En apoyo de sus peticiones expuso que se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo de 3 meses, que inicio el 9 de julio de 2018 desempeño el cargo de INGENIERO DE PROYECTO, con salario de \$4,509,804 mensuales, que dicho contrato se renovó automáticamente entre el 9 de octubre de 2018 y el 8 de enero de 2019, luego del 9 de enero de 2019 y el 8 de abril de 2019, el 30 de enero de 2019, la demandada mediante comunicación CC-02-00174-2019 le informó que el contrato vencía el 31 de marzo de 2019 y que no sería renovado, por lo que el contrato terminó a partir del 31 de marzo de 2019; que durante la relación laboral trabajo de forma habitual en días de descanso, como si fuera trabajo ocasional, la liquidación de prestaciones sociales fue entregada el 18 de abril de 2019 la demandada pero “NO la pago”. El 3 de mayo de 2019 el demandante solicito a la demandada que dicha liquidación se hiciera incluyendo los pagos pendientes por haber laborado de manera habitual en día de descanso obligatorio, los cuales relaciona, que el 13 de mayo de 2019 le dieron respuesta negativa a su petición y para dicha fecha seguía sin pagarle la liquidación, que, a pesar de haberse citado para una conciliación, la demandada no asistió sigue sin pagar las prestaciones sociales. (PDF 04 Contenido CD Demanda Y Anexos folios 47-54 y PDF 07 Demanda).

El proceso fue repartido a Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de diciembre de 2019 (PDF08), y admitida la demanda, ordenando notificar a la parte demandada el 23 de enero de 2020 (PDF 09).

CONSULTORIA COLOMBIANA al descorrer el traslado, se opuso a las pretensiones de la demanda, acepto la suscripción del contrato a término

fijo y los extremos de la relación laboral, indicó que conforme al otro si No. 1 al contrato de trabajo las partes extendieron el contrato de trabajo hasta por 2 meses y 23 días más a partir del 8 de octubre de 2018. Lo cual quiere decir que el contrato vencería el 31 de diciembre de 2018. que la empresa le comunico el preaviso; que de mutuo acuerdo mediante otro si No. 2 el contrato laboral se extendió el contrato laboral por un periodo de 3 meses a partir de 1 de enero de 2019 hasta el 31 de marzo de 2019; que conforme lo establecido en el artículo 61 del numeral c) del CST la empresa finalizó el contrato de trabajo por terminación del plazo pactado, que pago de forma correcta cada una de las obligaciones laborales y legales que tiene a cargo y en favor del demandante; por lo cual entre las partes no existe ninguna obligación pendiente, cosa distinta es que el demandante no recibió el pago de la liquidación final del contrato de trabajo, por lo tanto, la empresa procedió hacer pago mediante depósito judicial, situación que le fue informada al actor, que se encontraban en conversaciones sobre la forma y modo de pago en la cual se debía hacer la liquidación, por lo que es extraño que el demandante alegue que la empresa no le haya pagado la liquidación final del contrato de trabajo, cuando en comunicación del 3 de mayo de 2019 de manera expresa solicita que no se haga el pago de su liquidación, hasta que exista un acuerdo, sin embargo al no llegar a un acuerdo la empresa procedió a consignar la liquidación mediante deposito judicial del 7 de junio de 2019, fecha en que fue informado el demandante del pago y el lugar a donde debía dirigirse a retirarlo por lo que considera ese actuar del demandante de mala fe, que el motivo de la finalización de la relación laboral fue por una causa objetiva de terminación del contrato de trabajo, que fue el vencimiento del plazo pactado de conformidad con lo establecido en el artículo 61 literal C. propuso las excepciones de cobro de lo no debido por parte del demandante, improcedencia de la reliquidación de contrato de trabajo por concepto de domingos y festivos, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo o debido, enriquecimiento sin causa del demandante, buena fe, mala fe del

demandante, prescripción, compensación y la genérica. (PDF 13 Contestación Demanda).

II SENTENCIA DEL JUZGADO

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 26 de noviembre de 2021, resolvió

“PRIMERO: CONDENAR a la sociedad CONSULTORIA COLOMBIANA S.A a reconocerle y pagarle al señor JORGE ANTONIO ALONSO LANCHEROS identificado con la C.C. 86.081.805 las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos:

- *\$3,607,880 por concepto de diferencia de recargo dominical*
- *\$87,691 por concepto de reliquidación de prima de servicios*
- *\$2,631 por concepto de reliquidación de intereses sobre las cesantías.*
- *\$87,691 por concepto de reliquidación de auxilio de cesantía.*
- *\$37,989 por concepto de reliquidación de compensación por vacaciones*
- *\$16,385,621 por indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST.*

Se advierte que los Pagos por recargo dominical y compensación de vacaciones deberán reconocerse de manera INDEXADA al momento en que se acredite la cancelación de los mismos, conforme se dijo en la parte motive de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a CONSULTORIA COLOMBIANA S.A de las demás pretensiones incoadas en su contra por el señor JORGE ANTONIO ALONSO LANCHEROS.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES propuestas por el extremo pasivo”.

Como fundamentos de la decisión consideró el a quo, en lo que interesa a los recursos, después de hacer mención del contenido de los artículos 179, 180 y 181 del CST, y la sentencia SL 3567 de 2019, consideró:

“

En el presente caso encuentra el juzgado que en efecto tal y como lo aduce la parte actora el demandante laboraba con un recargo de dominicales y festivos algunos meses de manera ocasional como es el caso de los meses de julio, septiembre, octubre del año 2018 y marzo de 2019, en donde la empresa le cancelo un recargo por ocho y dieciséis horas laboradas respectivamente mientras que para los meses de agosto y de noviembre a diciembre del año 2018 y febrero de 2019, la demandada le pago 32 horas con recargo equivalente a cuatro domingos y/o festivos laborados en el mes tal como se deprende de los

desprendibles de nómina que reposan en los folios de 9 a 17 del expediente, lo que denota una habitualidad en la prestación de los servicios laborales en días de descanso obligatorio, conforme a lo anterior es claro entonces que la empresa demandada tenía la obligación de reconocerle al trabajador además del descanso compensatorio remunerado dentro del salario ordinario el recargo del 75% adicional en dinero, carga que cumplió la sociedad encartada tal como se corrobora con los comprobantes de nómina atrás referidos, sin embargo al verificarse los valores cancelados por la pasiva se encuentran ajustados a derecho observa el despacho que la empresa remuneró de manera incompleta tales recargos, toda vez que lo líquido teniendo en cuenta solo el 0.75%, omitiendo que según lo previsto en el artículo 179 del CST se debe reconocer un porcentaje por un recargo dominical del 75% adicional al salario ordinario lo que significa que tal proporción equivale al 1.75, todo el porcentaje adicional previsto en la norma se debe reconocer por cada hora dominical el valor de la hora ordinaria más el 75%, frente a este tema acude el despacho al concepto jurídico número 008357 de 2020 emitido por el Ministerio de Trabajo en el cual aclaro lo relativo al porcentaje a reconocerse en trabajo en días dominicales y festivos en los siguientes términos (...). Así las cosas encuentra el despacho que le asiste razón a la parte actora en los reclamos que pone en su demanda y en tal sentido el despacho entrara a efectuar los cálculos aritméticos correspondientes en hará a determinar los valores que debieron cancelarse en su momento al demandante señor JORGE ALONSO LANCHEROS, para el efecto se tendrá en cuenta los siguientes parámetros: el salario devengado por el actor ascendió a la suma de \$4.509.804 conforme se desprende de los desprendibles de nómina relacionados con antelación, el valor de la hora ordinaria equivale a la suma de \$18.791.00 valor que se obtiene al dividir el salario anteriormente referido entre 240 equivalente a las ocho horas diarias laboradas por el trabajador en el mes, y el valor de la hora dominical asciende en realidad a la suma de \$32.884.00, monto que se obtiene de multiplicar el valor de la hora diaria que es de \$18.791.00 por el 1.75%, precisado lo anterior y una vez efectuadas las operaciones matemáticas correspondientes teniendo en cuenta el número de horas reconocido por la empresa en cada uno de los desprendibles de nómina se reitera militan en los folios 9 a 17 se condenara a la entidad demandada a reconocer la diferencia que por concepto de recargo dominical o festivo al demandante los siguientes valores para el mes de julio de 2018 horas con recargo 8 se le reconoce el pago de “

De lo anterior y en consideración aquí en esta sentencia se reconoció que existe una diferencia pendiente por cancelar por concepto de recargos dominicales y festivos, los cuales tienen incidencia salarial de acuerdo a las disposiciones del artículo 127 del CST, se hace imperioso que el despacho requiera el valor de las acreencias reconocidas, precisando que en esta oportunidad únicamente se efectuará el cálculo de las prestaciones correspondientes a los meses de enero a marzo del

año 2019, como quiera que el juzgado no cuenta con valores específicos de los que se le pudo haber conocido al demandante para el año 2018 para determinar una diferencia cancelada a su favor, pues al plenario solamente fue aportada la liquidación que correspondía al año 2019, lo anterior, habida cuenta que las prestaciones sociales y vacaciones constituyen derechos ciertos e indiscutibles de los trabajadores, que en ningún caso pueden dejar de ser desconocidos, ni transados, ni objeto de renunciaciones por parte del empleador, aclarada tal circunstancia, para efectuar la correspondiente reliquidación se hace necesario determinar el salario base, para lo cual se procedió a promediar lo devengado por el demandante para el año 2019, teniendo en cuenta el salario básico y la variabilidad del valor real que le correspondió al trabajador por recargo dominical. Así se obtiene entonces un salario promedio de \$ 5.386.706 una vez realizados los cálculos de aritméticos correspondientes por parte del despacho que tiene que la pasiva y la deuda al demandante, las siguientes sumas de dinero, por los siguientes conceptos.

Auxilio de cesantía, teniendo en cuenta el salario total lo recibido por el actor, por el actor atrás determinado se tiene entonces que por esta prestación le corresponde un total de \$1.346.677 pesos, pero únicamente se le reconoció la suma de \$1.258.985, existe a su favor una diferencia a favor del demandante en un monto de \$87.691

Frente a los intereses, a las cesantías, conforme a la liquidación que obra julio 18, observa el despacho que montó reconocido por tal rubro, ascendió a la suma de \$37.770, cuando en realidad le correspondía el monto de \$40.400 teniendo entonces un saldo a su favor en \$2.631 Por prima de servicios. En atención a que. La relación laboral culminó el 31 de marzo del año 2019, se liquidará la correspondiente dentro en proporción para el efecto se obtiene que la liquidación se le reconoce un total de \$1.258.985 pero en realidad le correspondía un \$1.346.677 pesos, existiendo un saldo a favor de \$87.691 pesos

Por vacaciones, teniendo en cuenta de diferencia inicio de la relación laboral especial 9 de julio del año 2018, resulta evidente que para el año 2019 no había causado el derecho a disfrutar de las mismas, por cuanto, la relación laboral finalizó antes de cumplir el año de servicio, por ello, un empleado procedió a reconocerle la proporción respectiva por el tiempo laborado en cuantía de \$1.794.531

No obstante, tal concepto le correspondía, o ascendía una suma de \$ 1.831.515, existiendo una diferencia a favor del sistema activo, una suma de \$37.989.

Al respecto, es necesario precisar que en su cálculo efectuado, teniendo en cuenta el último salario devengado por el actor, en concordancia con lo previsto en el numeral tercero del artículo 189 del C. S.T, el cual conforme al promedio de los recargos dominicales que realmente le

corresponde, asciende a la suma de \$5.035.900, conforme a todo lo dicho, se tiene entonces que existe una diferencia total a favor del accionante monto de \$215.942.

Pasemos a la indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales, artículo 65 del C.S.T. Conforme, criterio de la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la misma no resulta de aplicación automática, sino que en cada caso particular se debe analizar cuidadosamente el expediente en aras de determinar si la falta de pago de los salarios o prestaciones sociales el empleador actuó asistido de buena fe o si, por el contrario, ausencia de la misma evento en el cual resulta procedente fulminar la correspondiente condena, de conformidad con lo, después de un estudio de los elementos probatorios que obran en el expediente está juez considera que la conducta de la parte pasiva no estuvo asistida de buena fe, toda vez que si bien es cierto, la empresa realizó el pago de las prestaciones a través de un depósito judicial el día 12 de junio del año 2019, ante la renuencia del trabajador en recibir la liquidación por no estar de acuerdo con los valores allí consignados, no es menos cierto que la empresa no presenta justificación alguna de por qué lo sometió al reparto tan solo un mes después de efectuada la consignación, esto es hasta el 17 de julio del año 2019, conforme se observa en el acta que corre folio 91 del plenario, cuando si lo que pretendía era liberarse de una eventual moratoria, era lógico que debía actuar con diligencia y prontitud para que la consignación surtiera sus efectos, igualmente se debe tener en cuenta que la empresa recibió la citación a la diligencia de conciliación laboral solicitada para el demandante ante el Ministerio de Trabajo respecto de la liquidación de prestaciones sociales el día 14 de junio del año 2019, como si coinciden misiva milita a folio 22, no obstante, la empresa decidió no asistir sin justificación alguna, según se desprende del acta que reposa a folio 23 del plenario lo que a juicio de esta servidora es un actuar desinteresado por parte de la compañía en resolver cualquier diferencia que pudiese tener con el extrabajador hoy demandante, en tal orden de ideas, se impondrá condena por concepto de esta indemnización a razón de un día de salario por cada día de retardo, por lo que la habida cuenta que la última remuneración mensual del trabajador ascendió a la suma de \$4.509.804 la presente indemnización se reconocerá en cuantía diaria de \$150.327 entre el primero de abril y el 19 de julio del año 2019, fecha en la cual se acreditó por parte de la encartada, que el demandante fue notificado de la existencia del título y del juzgado a donde podía acudir a reclamarlo, tal y como se corrobora con las documentales que obran a folios de 88 al 93 del plenario, indemnización que corresponde a la suma de \$16.385.621. En este punto es preciso aclarar, que, si bien el demandante dentro del interrogatorio de parte insistió en que la comunicación, enviada a él en el mes de julio del año 2019 no correspondía a su domicilio particular, en tanto no sé, dirigía a él y no hacía relación a sus datos personales, argumentos que fueron reiterados por su apoderado dentro de los

alegatos de conclusión, lo cierto es que no obra en el plenario documento o prueba alguna que respalde tales afirmaciones, siendo su carga procesal conforme lo normado en el artículo 167 del C.G.P. Por el contrario, la empresa demandada allega certificaciones expedidas por la empresa Inter rapidísimo, en la cual se certifica el envío de la copia de título judicial y hasta de reparto dirigida a Jorge Antonio Lancheros a la dirección, calle 63, número 75 35 apartamento 201 interior 1, el cual el actor aceptó dentro del interrogatorio de parte que corresponde a su domicilio acompañada de la copia del acta de reparto, al Juzgado tercero municipal de pequeñas causas laborales de esta ciudad, del pago por consignación a nombre de la entidad demandante en el cual se indica en nombre e identificación 86081805 que corresponde efectivamente a la cedula del demandante, según se colige los datos suministrados en el poder que milita folio 1 del plenario, documento que tiene un sello de correo cotejado que data del 18 de julio del año 2019. También se aportó copia de la comunicación dirigida por la demandada de fecha 19 de junio del año 2019. Igualmente tiene el sello de correo certificado con fecha 18 de julio de 2019, mediante la cual se le comunica al actor el pago de las acreencias debidas a través a través de título judicial. en atención a las consideraciones antes expuestas es que se concluye que el empleador cumplió con la carga de comunicarle al trabajador el pago de consignación al él efectuado, por tal motivo se surtió los efectos previstos en el numeral 2º del artículo 65 del CST.

Finalmente, debe advertirse que frente a las condenas impuestas en esta sentencia por concepto de diferencias en el pago de recargo dominical y la reliquidación de las prestaciones, el despacho se abstendrá de imponer sanción moratoria al empleador, toda vez que las pruebas que obran en el plenario se evidencia que la empresa liquidó en su momento el recargó dominical bajo, plena convencimiento de estar actuando conforme a la ley, pues así se infiere la respuesta al derecho de petición elevado por el actor, en donde la empresa radica que no es posible acceder a la reliquidación del recargo en tanto asegura se encuentra liquidado conforme a las disposiciones del artículo 179 del CST, encontrándose por demás o alguna que permitiese ir con actitud directa e irreflexivamente encaminada a vulnerar los derechos laborales del demandante, en su lugar, se ordenará que todas las condenas aquí impuestas a cargo de la encartada se reconozcan de manera indexada entre la fecha que se hizo exigible la obligación y el momento en que se efectúe el correspondiente pago; las excepciones, teniendo en cuenta las consideraciones dadas a lo largo de esta sentencia se declararán no probados los medios exceptivos propuestos por el demandado donde se incluye la de la prescripción, puesto que se tiene que la relación laboral finalizó el 31 de marzo del año 2019, la reclamación ante el empleador data del 3 de mayo de esa misma anualidad, conforme se eleva a folios 19 y 20 y la demanda que dio origen al presente trámite fue radicada el 19 de diciembre de la misma anualidad conforme el

acta de reparto, visible a folio 40, sin que entre estas fechas se haya superado el término final, contenido en los artículos 488 del CST y el 151 del CPL Y SS. (...)

III. RECURSOS DE APELACION

Parte demandante

Inconforme con la decisión, expone

“... encontrándome dentro de la oportunidad, pues procesal, para ello me permito formular recurso de apelación para que se surta ante la sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, y quiero hacer énfasis en 3 aspectos, pues compartimos el sentido de la decisión, señora juez, en cuanto se encontró que efectivamente, a mi poderdante se le ha adeudado a poder reconocer valores por concepto del del trabajo en recargo dominical y festivo, y pues así lo ordenó el despacho, sin embargo, solicitamos al Tribunal que en este punto, pues se revise la condena expuesta, teniendo en cuenta que conforme a la documental obrante al expediente, pues efectivamente para el mes de julio el demandante tenía 8 horas laboradas, pero para el mes de agosto eran 24 horas para el mes de septiembre y octubre fueron 16 horas para noviembre, diciembre y enero fueron 32 horas y para los meses, del mes de febrero también fueron 32 horas y para el mes de marzo fueron 16 horas, en consecuencia, pues solicitamos ante el tribunal que se revise en este punto el valor y las condenas ordenadas por el despacho porque consideramos que los montos a los que mi poderdante debe tener derecho, pues son mayores.

Un segundo punto, señora juez sobre el reajuste de las prestaciones laborales, el cual la señora juez circunscribe solamente al año 2019, pues consideramos digamos que con los elementos probatorios obrantes al expediente, pues se podía establecer cuáles eran los valores que efectivamente estaban previstos o reconocidos para el año 2018 y en consecuencia, es procedente teniendo en cuenta que se había ordenado el reconocimiento del recargo en trabajo dominical y festivo, pues que se, de que se digamos, haga también este ajuste para el periodo julio diciembre del año 2018 y finalmente

Un tercer es, el de la indemnización moratoria sobre este punto, señora juez, pues manifestamos el acuerdo en cuanto se ordenó el reconocimiento de la indemnización moratoria por considerar el despacho que el empleador de mi poderdante, pues no obró de buena fe. No obstante, señora juez, pues consideramos que la fecha hasta la cual se limitó el reconocimiento de la indemnización moratoria, pues no es la correcta ni la ajustada, teniendo en cuenta que para que se entienda surtido el pago por consignación, no solo se debe realizar la consignación, sino que igual se debe hacer llegar al juez del trabajo el título respectivo, dejando la documentación necesaria para que el

trabajador pueda cobrar el título si no se pueda hacer efectivo, pues es esto indica que es como si el empleador no hubiera realizado el pago y se deben, pues realizar todas las gestiones para que se pueda cobrar y librar, pues dicho pago de la indemnización moratoria tal y como lo señaló, pues mi poderdante en el interrogatorio de parte, si bien el para el 19 de julio del año 2019 recibe esa documentación, pues como en su momento lo indicó y se evidenció en el interrogatorio de parte con el soporte correspondiente, pues dicho pago los documentos que le fueron remitidos no correspondían, pues a los requeridos para que él identificara actual era el despacho judicial al cual debía concurrir para hacer efectivo el cobro, el cual incluso pues digamos importante vino a tener conocimiento y en esto pues también lo señaló el interrogatorio de parte solamente hasta el mes de julio del año 2020, en atención a lo anterior, señora juez, pues sí solicitamos al Tribunal que revise también este punto y que se modifique la fecha de reconocimiento de la indemnización moratoria, teniendo en cuenta, pues, que el empleador en su momento no le acreditó en julio del 2019 toda la documentación que se requería para efectivamente poder realizar el pago. En este punto, pues también solicitamos al Tribunal se revise la decisión tomada por el despacho en los anteriores términos, señora juez, dejó sustentado el recurso de apelación.

Parte demandada

Inconforme con lo decidido manifiesta

En este estado de la diligencia, siendo el momento procesal oportuno, procedo a presentar el recurso de apelación para que se surta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el cual expongo en 2 puntos particulares, a saber.

El primero es sobre la improcedencia de la reliquidación del contrato de trabajo y de las prestaciones sociales y económicas del demandante, en lo que tiene que ver en los conceptos o pagos por los recargos dominicales y festivos,

Y el segundo de ellos hace alusión a la inoperancia del pago en la sanción, moratoria de la correspondiente al artículo 65 del CST, estos dos como reparos concretos a la decisión que se acaba de proferir señora juez, y es que si bien es cierto que la empresa tiene la obligación de pagar los recargos festivos y dominicales a todos los trabajadores, tal y como se evidencia de la documental allegada, la encartada, en el presente proceso, así lo hizo, así como de compensar económicamente a los trabajadores que por ocasión de su trabajo no pueden disfrutar de los días de descanso remunerados que también se hizo conforme a los documentos que se allegaron como prueba, particularmente los enunciados en la sentencia, como son los desprendibles de nómina que valga la pena resaltar, fueron allegados por la parte demandante también.

En este punto no es menos cierto que con el sueldo o salario se comprende la remuneración por el descanso dominical, lo anterior de conformidad con lo señalado en el artículo 173 del CST no obstante, lo anterior, mi representada actuó de buena fe y cumplió con los presupuestos señalados en los artículos 179, 180 y 181 del C.S.T por las siguientes razones.

Cuando el demandante laboró un domingo o un festivo, se les remuneró el pago de su salario ordinario, además del 0.75%, que equivale al valor del recargo y no el 1.75%, como lo señaló el despacho en la sentencia, y bueno, pero si lo anterior no fuera suficiente, la empresa también le otorgó un descanso compensatorio remunerado correspondiente, y esto se puede evidenciar de los documentos allegados con la contestación en la demanda en los cuales se puede verificar que efectivamente en los días siguientes al dominicano, el festivo, laborado por el trabajador siempre disfrutó de un compensatorio, no se puede perder de vista y no puede perder de vista a los honorables magistrados del Tribunal Superior del de Bogotá que el demandante hacía turnos de 14 días de trabajo y 7 días de descanso, es decir que si en estricto sentido el demandante laboraba dominicales, o festivos máximo lo hacía por 3 días en un rango de turnos de 14 días de trabajo, en ese orden de ideas, el demandante tenía derecho solo a 3 días de descanso con la respectiva remuneración, lo cual de manera anticipada pagó la empresa con su salario, sin embargo, el demandante recibía 7 descansos, lo que significa que la empresa actuó más allá de lo exigido por la ley.

Así las cosas, ha acceder a lo solicitado por el demandante y como se señaló en el fallo, sería extender la interpretación normativa que para el caso en concreto es inoperante, ya que obligaría a la empresa a pagar el 1.75% por encima del salario ordinario cuando la norma de manera clara, ha señalado. Que se debe pagar el 0.75% de recargo en la hora por extra laborada, puesto que el 1% restante fue pagado de manera anticipada con el pago de su salario, sumado a lo anterior, siempre disfrutó de los descansos compensatorios o del descanso siguiente, haber laborado en un domingo en ese orden de ideas, solicito a los HM del TSB SL, que se revoquen las condenas impuestas a mi representada, particularmente en lo que tiene que ver con la reliquidación dentro de la relación laboral y en los puntos señalados por el despacho, en lo que tiene que ver con el recargo dominical o festivo y las condenas impuestas.

El segundo punto de la apelación que propongo corresponde a la condena impuesta en la reliquidación, dada la condena por los recargos festivos o dominicales, que, si bien es cierto, hacen parte de esa remuneración y son factor prestacional para el caso en concreto, no se debió imponer condena en la reliquidación de los dominicales o festivos por las razones que acabo de exponer.

Por último, señora juez, en lo que corresponde a la sanción moratoria impuesta en el CST para el presente caso, solicito a los magistrados del TSB SL que se revoque este punto de la sentencia también, y se revoquen las condenas impuestas en mi representar teniendo en cuenta que la sociedad que representó nunca obró de mala fe, por qué razón veamos,

El demandante pretende sacar provecho de su propia culpa y de sus decisiones, ya que fue éste quien en primer lugar no recibió el pago de la liquidación general de contrato y así lo señaló dentro del interrogatorio de parte, siendo esta prueba calificada al indicar que nunca estuvo de acuerdo en la forma en la cual se liquidó su contrato de trabajo por dos razones principales, la primera. siempre, indicó el demandante que la finalización de su contrato de trabajo no obedecía a una justa causa, sino que, por el contrario, el contrato se había prorrogado punto que fue materia de discusión dentro del presente proceso y del cual la sociedad que represento resultó absuelta, este punto no tiene reparo ninguno. En segundo lugar, porque fue el mismo demandante quien se rehusó a recibir las comunicaciones. Y, en tercer lugar, porque luego de un proceso de concertación con el demandante y la búsqueda de instruirlo en la forma en la cual se realizó la liquidación final del contrato, insistió en que no se debía proceder con el pago de la liquidación final del contrato, tal como lo manifestó en su comunicación de 3 de mayo del 2019, abro comillas comunicación, que se encuentra adosada al expediente y aportada como prueba, la cual señaló lo siguiente, no consignar en depósitos judiciales en tanto no se tenga claridad de la solución a las inquietudes por mi presentadas, razón por la cual requiero me contesten por escrito y formalmente de persistir la aplicación de la instrucción de no pago de los valores de habitualidad en la respuesta incluida el sustento argumental para proceder y tener claro los sustentos legales que motivan a tomar tal decisión. En este punto, señores magistrados, es evidente que el demandante se rehusaba, uno a recibir el pago de la liquidación final del contrato dos a no tener por pago la liquidación final de contrato y tres a recibir cualquier tipo de comunicación frente a lo que estaba señalando mi representada.

No obstante, y luego de agotar todos los medios posibles para que el demandante entendiera que la empresa había realizado de forma correcta la liquidación final del contrato de trabajo, la misma decidió hacer el pago a través de un título de depósito judicial el día 7 de junio del 2019, y en ese entendido mal haría el juzgado y los magistrados de condenar a mi representada en el pago de la indemnización consagrada en el artículo 65 del CST, razones de más para el presente recurso, y es que fue el mismo demandante quien confesó en la diligencia de interrogatorio de parte que, en efecto, la comunicación le fue remitida, la comunicación tiene la dirección de notificaciones que corresponden a él y tres que efectivamente tuvo conocimiento de la realización del depósito judicial, depósito judicial en el cual se manifestaron los datos del juzgado donde debía retirarlo y que a la fecha no tenemos conocimiento si ya lo hizo, así quedó consagrado en la contestación de la

demanda consignación al Banco Agrario de Colombia, realizada por Consultoría Colombiana por la suma de \$4.498.645, en ese orden de ideas, señora juez y señores magistrados, no es de recibo que se haya impuesto una condena por indemnización moratoria a mi representada teniendo en cuenta que nunca obró de mala fe y que fue el mismo demandante, y es el mismo demandante quien en el presente proceso pretende alegar su propia culpa al rehusarse a recibir esa liquidación final de contrato, por lo expuesto, solicito que se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas en la presente sentencia y que contrario a ello, se den por prósperas las excepciones presentadas con la contestación de la demanda. En este orden de ideas y atendiendo a los argumentos expuestos, dejó presentado mi recurso de apelación para que este sea estudiado por los H.M.TSB SL muchas gracias, señora juez.

El Juzgado del conocimiento concedió los recursos de apelación interpuesto por las partes. Recibido inicialmente el proceso en el Tribunal Superior Distrito Judicial de Bogotá, fue repartido al Magistrado JOSE WILLIAM CONZALEZ ZULUAGA, el 19 de enero 2022. (PDF 01).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2002, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación (PDF 03 ídem); y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 6 de marzo 2023 (PDF 05).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION PARTE DEMANDADA

“De manera respetuosa me permito solicitar al H. Tribunal ser sirva REVOCAR la sentencia proferida para en su lugar absolver a la empresa demandada, teniendo en cuenta que mi representada NO incurrió, en conducta alguna, que permita imponer una sentencia condenatoria en contra de CONSULTORÍA COLOMBIANA S.A., Sentencia de Primera Instancia: El despacho luego de realizar un recuento detallado de lo transcurrido en el proceso profirió la sentencia de primera instancia condenado a Consultoría Colombiana según las siguientes consideraciones:

Terminación del contrato de trabajo y despido sin justa causa: El despacho declaró la existencia de una relación laboral entre Consultoría Colombiana y el Señor Jorge Antonio Alonso Lancheros, sin embargo, señaló que el contrato de trabajo celebrado por las partes fue un contrato de trabajo a término fijo, el cual según la documental allegada con la contestación de la demanda, fue prorrogado en dos oportunidades y que según el folio 08 del expediente, se preavisó para su terminación y

no renovación. Por lo anterior, estima el juzgado que la terminación del vínculo laboral del actor se dio con una justa causa comprobada y no hay lugar a la indemnización solicitada, se absuelve de esta pretensión. (punto no apelado en la sentencia). Reliquidación de horas extras y trabajo suplementario: El despacho estimó que, pese a que dentro del material probatorio la sociedad demandada allegó los soportes de pago del trabajo en dominicales y festivos por los periodos reclamados por el demandante, dichas liquidaciones y luego de hacer un extenso recuento mes por mes, el pago por el trabajo en días dominicales está incompleto, teniendo en cuenta que la empresa liquidó al 0.75% y no al 1.75 % (punto apelado en la sentencia por las dos partes). Indemnización moratoria por el pago de la liquidación final de contrato Señaló el Juzgado que la terminación del actor se dio en el 31 de marzo de 2019, pero que sin justificación alguna solo hasta el día 12 de junio del 2019, se realizó la constitución del título de depósito judicial y solo hasta el 17 de julio de 2019, le fue notificado a la dirección de notificaciones del demandante tal y como lo confesó, la constitución del título de depósito judicial como reposa dentro del expediente. Para estimar que esta es la fecha en la que el demandante tuvo conocimiento del pago de sus acreencias laborales, fue valorada como pruebas la confesión realizada por el actor, además de los soportes de correo certificado allegados con la contestación a la demanda. Se impuso la condena por la sanción moratoria pues la empresa a pesar de haber sido citada a la diligencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo no asistió y no logro probar con suficiencia su buena fe, pues solo después de 6 meses de haber terminado el vínculo laboral con una justa causa realizó el pago de las acreencias laborales y notificó de dicho pago al demandante (punto apelado por las dos partes) Resumen de las condenas impuestas PRIMERO: CONDENAR a la sociedad CONSULTORIA COLOMBIANA S.A a reconocerle y pagarle al señor JORGE ANTONIO ALONSO LANCHEROS identificado con la C.C. 86.081.805 las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos: • \$3.607.880 por concepto de diferencia de recargo dominical • \$87.691 por concepto de reliquidación de prima de servicios • \$2.631 por concepto de reliquidación de intereses sobre las cesantías. • \$87.691 por concepto de reliquidación de auxilio de cesantía. • \$37.989 por concepto de reliquidación de compensación por vacaciones • \$16.385.621 por indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST. La solicitud de revocatoria del fallo de primera instancia se sustenta, reiterando y soportando en los argumentos expuestos en el recurso de apelación que básicamente se resumen en:

a. COBRO DE LO NO DEBIDO POR PARTE DEL DEMANDANTE:

Señor Juez, lo primero que debe tener presente es que mi representada realizó el pago de la liquidación final de acreencias laborales por medio de un depósito judicial el día 7 de junio de 2019, como consecuencia de la negación del demandante de recibir el pago de esta, tal como consta a continuación: (parecen imágenes).

En segundo lugar, mi representado pago cada una de las obligaciones legales y contractuales que tenía a su cargo, toda vez que procedió a liquidar cada uno de los devengos a los que pudiera tener el demandante.

b. *IMPROCEDENCIA DE LA RELIQUIDACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO POR CONCEPTO DE DOMINICALES Y FESTIVOS:*

Señores Magistrados, si bien es cierto que la empresa tiene la obligación de pagar los dominicales y festivos de sus trabajadores, así como de compensar económicamente a los trabajadores que por ocasión de su trabajo no pueden disfrutar de estos descansos remunerados. No es menos cierto que con sueldo o salario se comprende la remuneración por descanso dominical. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 173 del Código Sustantivo de Trabajo.

No obstante, lo anterior, la empresa que actuó de buena fe cumplió con los presupuestos del artículo 179, 180 y 181 del Código Sustantivo de Trabajo, por lo siguiente:

- Cuando el demandante laboró un domingo o un festivo se le remuneró con el pago de su salario ordinario, además de 0.75 % equivalente al valor del recargo.

- Pero como si esto no fuera suficiente la empresa le otorgó el descanso compensatorio remunerado correspondiente.

No se puede perder de vista que el demandante hacía turnos de 14 días de trabajo y 7 días de descanso, es decir, que, si en escrito sentido el demandante laboraba los dominicales o festivos, máximo lo hacía por 3 días en un rango de turnos de 14 días de trabajo. En ese orden de ideas, el demandante tenía derecho a solo 3 días de descanso con la respectiva remuneración, la cual de manera anticipada paga la empresa con el salario. Sin embargo, el demandante recibía 7 días de descanso, lo que significa que la empresa actuó más allá de lo exigido por la Ley. Por lo tanto, acceder a lo solicitado por la demandante sería extender una interpretación normativa que para el caso en concreto es inoperante, ya que obligaría a la empresa a pagar 175% por encima del salario ordinario, cuando la norma de forma clara señala que solo se debe pagar el 0.75% del recargo de la hora extra laborada, puesto que el 1% restante fue pagado de manera anticipada con el pago del salario.

c. *INOPERANCIA DEL PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA DEL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO:*

- Inoperancia de la indemnización del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo: El demandante de mala fe pretende sacar provecho de su propia culpa y decisiones, ya que fue este quien en primer lugar, no recibió el pago de la liquidación final del contrato de trabajo al momento de la finalización de la relación laboral, en segundo lugar, luego de un proceso de concertación con el demandante y búsqueda de instruirlo en forma como se realizó la liquidación final del contrato de trabajo, insistió en que no se procediera hacer pago de la liquidación final del contrato de trabajo, tal como lo manifestó en comunicación del 3 de mayo de 2019: (aparece imagen). No obstante, luego de agotar todos los medios posibles para que el demandante entendiera que la empresa había realizado de forma correcta la liquidación final del contrato de trabajo, la misma decidió hacer el pago de esta por depósito judicial el día 7 de junio de 2019. En ese entendido, mal haría el juzgado en condenar a mi representada al pago de la indemnización consagrada EN EL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO, CUANDO ESTÁ MÁS QUE

DEMOSTRADO LA ACTUACIÓN DE BUENA FE DE ELLA EN EL PROCESO DE DIALOGO Y FINALIZACIÓN QUE TUVO CON EL DEMANDANTE.

- c. *INEXISTENCIA DE LA PROLOGA DEL CONTRATO LABORAL A TÉRMINO FIJO INFERIOR A UN AÑO BAJO LOS POSTULADOS DEL APODERADO DEL DEMANDANTE:*

Señor Juez, en el presente caso no se puede perder de vista que el artículo 46 del Código Sustantivo de Trabajo indica que en el caso puntal de los contratos laborales a término fijo inferiores a un año solo se podrá renovar por tres ocasiones por el periodo inicialmente pactado o menor. Situación que en el presente caso se materializó y se cumplió de manera íntegra, veamos: Los extremos de la relación laboral son del 9 de julio de 2018 hasta el 31 de marzo de 2019. Lo anterior producto de un contrato a término fijo inferior a un año que se prólogo de la siguiente manera:

a. Contrato laboral: Iniciado el 9 de julio de 2018 hasta el 8 de octubre de 2018.

b. Otro si No.1 al contrato de trabajo: Una prologa al contrato de trabajo por un término de 2 meses y 23 días, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2018. En este mismo acto, la empresa le comunicó al demandante el preaviso de no renovación del contrato de trabajo.

c. Otro si No. 2 al contrato de Trabajo: En donde las partes de mutuo acuerdo deciden prologar el contrato de trabajo hasta por 3 meses, es decir, hasta 31 de marzo de 2019. Sin embargo, la empresa le notificó al demandante el día 30 de enero de 2019 la no prologa del contrato de trabajo. Así las cosas, no existe fundamento alguno para que el apoderado del demandante afirme o señale que la fecha de la final del contrato de trabajo fue el 8 de abril de 2019, ya que el demandante de manera anticipada conocía que la fecha de finalización del contrato de trabajo era el 31 de marzo de 2019, tal como se lo había comunicado la empresa”

V. CONSIDERACIONES.

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la demandada teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Bajo ese contexto, se observa que no fue motivo de reparo alguno la decisión de instancia en lo atinente a la existencia del contrato de trabajo del demandante con la demandada, así como tampoco sobre la terminación del mismo, la controversia en esta instancia se centra en

determinar si: (i) procede la reliquidación de domingos y festivos en la forma dispuesta por el a quo, verificando si se tuvieron en cuenta todos, o si la demandada los canceló en debida forma; (ii) se debe extenderse el reajuste de prestaciones al periodo laborado en el año 2018 y; (iii) si procede la condena a indemnización moratoria, en los términos dispuestos por el juez de primera instancia.

Sobre el tema de la liquidación de dominicales y festivos la Sala en reiterados pronunciamientos ha precisado que se debe efectuar el pago con el recargo del 1.75%, por ser la interpretación que más corresponde a la normatividad, por ejemplo, en el proceso 25899-31-05-001-2019-00480-01 de FABIO DARÍO ROBAYO ORTIZ Y OTROS contra PRODUCTOS FAMILIA S.A. Y PRODUCTOS FAMILIA CAJICA SAS, en la cual se cita otra providencia de esta misma Sala se consideró:

“... respecto al primer aspecto de controversia, el artículo 179 del CST, modificado por el artículo 26 de la Ley 789 de 2002, que “...el trabajo en domingo y festivos se remunera con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%), sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas...”; precisando el parágrafo 2° de dicho apartado legal que “...Se entiende que el trabajo dominical es ocasional cuando el trabajador labora hasta dos domingos durante el mes calendario. Se entiende que el trabajo dominical es habitual cuando el trabajador labore tres o más domingos durante el mes calendario...”. A su vez artículo 180 Ibídem, preceptúa “...El trabajador que labore excepcionalmente el día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, o a una retribución en dinero, a su elección, en la forma prevista en el artículo anterior...”; y el artículo 181 de la misma norma sustancial, señala “...El trabajador que labore habitualmente en día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo...”.

De dichos mandatos, concluye la Sala, contrario a lo interpretado por la parte pasiva; que el pago del trabajo en día dominical o festivo corresponde a un recargo del 75% sobre el salario ordinario más el valor de dicho salario, es decir, se remunera **1.75**, independientemente del pago que se hace en el sueldo quincenal o mensual por el descanso obligatorio. Se reitera, la norma es clara en precisar que para quien trabaje en día dominical o festivo se paga con un recargo del **75%**, siendo ésta la diferencia que se advierte luego de la reforma del aludido artículo 179 de la norma sustantiva laboral que introdujo el artículo 26 de la ley 789 de 2002; es decir que para obtener el monto del salario se debe sumar el pagado ordinariamente incrementado en un 75%, correspondiendo a la asignación de **1.75**; pues si bien el precepto

modificatorio no incluyó en su texto el aparte final del anterior canon que indicaba “...sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa...”, siendo la razón por la cual el apelante de la pasiva, interpreta que “...se está aplicando ... el principio de retrospectividad como lo indicaba la Ley 50 de 1990, situación no avalada ni por la propia ley ni por antecedentes jurisprudenciales...”; ya que la norma dispuso pagar solamente el 75% del salario ordinario, modificando el porcentaje en relación con lo que consagraba la normativa anterior, sin que resulte obligatorio pagar el salario ordinario; interpretación que para la Sala no es de recibo; pues se observa que dicha reforma obedeció a que el legislador en su oportunidad discutió el tema de los dominicales en torno al porcentaje del recargo que terminó fijándolo como ya se dijo en el 75% pero no para que se cambiara la forma de remuneración que se venía utilizando hasta ese momento; por lo que en esos términos y como quiera que las normas deben analizarse y aplicarse de manera articular y en contexto con todas aquellas que regulan el mismo asunto; no es factible entender que se paga solo el 75%, como lo hacen las demandadas, ya que eso implicaría que resulta más alto el pago del trabajo entre semana, pues al laborar el día domingo o festivo solo se le va pagar 75%, cuando la ley pretende lo contrario, es decir, que el día dominical o festivo tenga un mayor costo, por ser el día de descanso del trabajador.

La Corte Suprema de Justicia, sobre la forma de remunerar el trabajo dominical y festivo se pronunció en sentencia del 11 de febrero de 2008, radicación 29.814, y aunque en sus consideraciones si bien hace alusión al recargo del trabajo dominical del 100% -y no del 75% como se encuentra actualmente establecido -, los demás aspectos se mantienen intactos y, por ende, resultan aplicables al caso en estudio, quien precisó:

“(...) En lo esencial de su alegato, el recurrente sostiene que el Tribunal incurrió en el equivocado entendimiento del artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, pues avaló la interpretación efectuada por la empresa, permitiendo que el trabajo en dominicales sólo se remunere dos veces “cuando la norma claramente lo indica que debe ser triple, puesto que el verdadero sentido del precepto legal es de que el trabajo en tales días debe remunerarse con el 100% sobre el valor del trabajo ordinario, es decir, debe pagarse doble, al que sumándole la remuneración ordinaria causada por haber laborado toda la semana, se completa el pago triple representado en unidades de trabajo ordinario, esto cuando el trabajo se realiza excepcionalmente en días Domingos o Festivos, pero si además se labora habitualmente en dichos días, se tiene derecho a un día de descanso compensatorio remunerado la semana siguiente y a la retribución en dinero de dos (2) salarios ordinarios”. Como se observa, para el recurrente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 179 del estatuto sustantivo del trabajo cuando se trabaje en un dominical el empleado tiene derecho a una remuneración triple. Pero el Tribunal concluyó lo mismo, como surge de los siguientes apartes de su decisión: “Este mismo procedimiento se aplica para remunerar el trabajo en días festivos, con la diferencia de que en ves (sic) de cancelársele por el concepto de dominical se usa el concepto de festivo, dándose de esta forma el pago triple a que hace referencia el artículo 29 de la ley 50 de 1990” (Folio 21 del cuaderno del Tribunal). Más adelante asentó: “Observándose de esta manera que la empresa demandada si (sic) liquidó de manera satisfactoria los días trabajados en domingos y festivos, dando aplicación a lo estipulado por el artículo 179

del Código Sustantivo de Trabajo, es decir, el pago triple por estos días laborados, teniendo en cuenta lo explicado anteriormente". Así las cosas, si tanto el impugnante como el fallador coinciden en el entendimiento que debe dársele a la disposición, es obvio que no puede endilgarse una interpretación equivocada del precepto. Y si en realidad la empresa demandada no efectuó un pago triple del trabajo dominical, sería ello un asunto que debería establecerse a través de las pruebas del proceso y que no podría discutirse por la vía que orienta este cargo, la cual, como es suficientemente sabido, es ajena a la cuestión de hecho debatida. Y de haber aplicado el Tribunal la disposición legal de una manera que no correspondía a los hechos establecidos en el proceso, habría incurrido en una violación de la ley distinta a la interpretación errónea por la que viene dirigida esta segunda acusación.

Para el recurrente la empresa demandada, en interpretación que acogió el Tribunal, incluye como unidad de dominical o festivo pagada la unidad de descanso compensatorio que según el artículo 181 del Código Sustantivo del Trabajo le corresponde al trabajador. Mas esa afirmación se sustenta en un hecho que el Tribunal no dio por establecido, lo que demuestra disconformidad del recurrente con la cuestión fáctica del proceso, que no es posible cuando la vía de violación de la ley escogida por el censor, como aquí acontece, es la de puro derecho.

Afirma también el impugnante que en caso de que el trabajo en día domingo sea habitual, el trabajador tiene derecho a un día de descanso compensatorio remunerado la semana siguiente y a la retribución en dinero de dos (2) salarios ordinarios, pero no le explica a la Corte las razones por las cuales el Tribunal desde un punto de vista estrictamente jurídico, llegó a una conclusión diferente al interpretar la norma legal que se considera quebrantada. Por otro lado, del análisis que el juez de segundo grado hizo de la situación fáctica no surge para la Corte que entendiera equivocadamente el artículo 179 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 29 de la Ley 50 de 1990, pues no echó de menos el derecho del demandante a la remuneración del trabajo dominical con un recargo del 100%, a un descanso compensatorio en la semana siguiente, todo ello sin perjuicio de la retribución por haber trabajado la semana completa, que es lo que, respecto de la remuneración del trabajo dominical y festivo, se desprende del análisis conjunto de los artículos 179, 180 y 181 del aludido código. En efecto, para explicar la forma como la demandada remuneró el trabajo en dominicales y festivos trajo a colación la situación de dos ciclos completos, "de donde se tiene que el señor HENRY ROMERO HERNÁNDEZ, código interno R00177, laboró en la primera catorcena el día domingo 6 de febrero 11.5 horas en jornada nocturna, dichas horas se le cancelaron con un porcentaje del 135% por ser nocturnas; de igual forma se le canceló conjuntamente 11.5 horas dominicales al 100% por haber laborado dicho día. Así mismo al mencionado trabajador se le concede a la semana siguiente (febrero 11) un descanso compensatorio remunerado por el hecho de haber laborado el día domingo 7 de febrero, por un número de horas igual al número de horas laboradas en dicho domingo (11.5 horas), esto sin perjuicio del descanso obligatorio remunerado igualmente por un número de horas igual al laborado durante la semana, 11.5 horas (febrero 12)" No encuentra la Corte que la manera de retribuir el trabajo en día domingo arriba trascrita constituya un equivocado entendimiento de los preceptos legales arriba citados, pues se corresponde con lo que, correctamente entendidos, surge de su tenor literal y por esa razón no incurrió en el dislate que se le imputa; con

mayor razón si se toma en cuenta que el censor no le explica a la Corte, las razones por las cuales cuando se labora habitualmente en días festivos o domingos “se tiene derecho a un día de descanso compensatorio remunerado y a la retribución en dinero de dos (2) salarios ordinarios”. Esa regla no se halla concebida en esos mismos términos en los preceptos denunciados como infringidos, como fácilmente se comprueba de sus respectivos textos, toda vez que el artículo 181 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 31 de la Ley 50 de 1990, señala: “El trabajador que labore habitualmente en día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 180 del Código Sustantivo del Trabajo”, norma esta que se remite al artículo 179 de ese estatuto que fija dicha retribución en “... un recargo del ciento por ciento (100%) sobre el salario ordinario, en proporción a las horas laboradas”. Pero ninguna de esas normas alude a los dos salarios ordinarios a que se refiere el impugnante. De lo que viene de decirse se concluye que el cargo no prospera...”.

“Ahora, esta Corporación en sentencia proferida el 3 de septiembre de 2020, dentro del radicado No. 25286-31-03-001-2017-00735-01, con ponencia del Dr. Eduin de la Rosa Quessep, atendiendo el desenvolvimiento legal y jurisprudencial, analizó y precisó los alcances del artículo 179 de la norma sustantiva laboral, pronunciando que resulta procedente reiterar en esta ocasión, como quiera que alude a los aspectos cuestionados por la pasiva recurrente. Es así, en esa oportunidad, la Sala sostuvo:

“(...) La discusión estriba entonces en determinar cuál es el alcance de la remuneración establecida en el artículo 179 del CST luego de la modificación introducida por el artículo 26 de la Ley 789 de 2002. Al respecto, esta Sala considera que desde el punto de vista estrictamente gramatical la norma tiene el alcance que le atribuyen los recurrentes pues habla de “recargo” “sobre el salario ordinario”, lo cual no puede entenderse sino en el sentido obvio del significado de las palabras, esto es, a la base, que es el salario ordinario, se le suma un plus que es el recargo, y esos dos conceptos constituyen la totalidad de la remuneración. Nótese que la norma no dice que el salario por el día dominical es el 75% del salario ordinario, que sería una redacción clara que no arrojaría ningún tipo de duda, y daría razón a la juez de primera instancia.

No niega la Sala que dicha disposición era más clara después de la reforma que le introdujo el artículo 29 de la Ley 50 de 1990, por cuanto hablaba del recargo y decía que el mismo se causaba “sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa”, texto del que se desprendía que en el cómputo del recargo no podía entenderse incluida la remuneración de ese día, que quedaba incorporada en el sueldo, con lo que se sellaba cualquier conflicto interpretativo como el que ahora se presenta, aunque siempre hubo sectores del mundo jurídico que sostenían que el trabajador en estos casos sólo tenía derecho a un plus del 100%, posición que no fue acogida por la jurisprudencia como se verá más adelante, que sostuvo que la remuneración era del 200% del salario ordinario. Es verdad que el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 no reprodujo el texto antes transcrito, mas no por ello puede entenderse que fue propósito deliberado del legislador cambiar esa regla, por cuanto esa intención no quedó clara durante el trámite de la iniciativa, ya que incluso en la exposición de motivos y en el articulado inicial se proponía lo siguiente: “El trabajo en domingos o días de fiesta se

remunerará con el salario ordinario en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio de la remuneración al descanso dominical de que trata el artículo 26 de la ley 50 de 1990 (subrayas no son del original). Y agregaba “En consecuencia, salvo los recargos a que hubiese lugar, según lo previsto en el artículo 168 de este código, el trabajo en domingos o días de fiesta no genera recargo alguno”. Y el artículo 4º de la iniciativa se refería al derecho al descanso compensatorio remunerado a quien laborara en domingo. Y en la exposición de motivos se insistía en que quien laborara domingos se le pagaría el salario ordinario por esa labor (ver Gaceta del Congreso No 350 de 23 de agosto de 2002). De manera que resultaba clara que lo que buscaba la iniciativa era remunerar el trabajo en domingos con el equivalente al salario ordinario en un día ordinario, por eso se decía que no había lugar a recargos, sin que se afectara la remuneración del descanso obligatorio. La norma quedó igual en la ponencia para primer debate, como consta en las Gacetas del Congreso 444 y 449 de 2002, aunque se precisó que el trabajo en esos días no generaba recargo alguno, suprimiendo la alusión al artículo 168 que se hacía en la presentación del proyecto, e introdujo las nociones de trabajo dominical ocasional y habitual. Dentro de las consideraciones para justificar la disposición se dijo “con la supresión del recargo del 100% consagrado en el artículo 179 del CST se busca generar más empleo puesto que al abaratar los costos del trabajo festivo, el empleador con ese ahorro puede generar nuevos puestos de trabajo”. O sea que en realidad hasta ese momento nunca se contempló la posibilidad de que la remuneración del artículo 173 del CST formara parte de la remuneración del trabajo en domingo o festivo, ni tampoco se habló de pagar una remuneración por el trabajo en esos días inferior a la que se recibía por laborar un día ordinario. El señalamiento del recargo del 75% solo se vino a hacer con posterioridad, como puede verse en las gacetas 575 y 579, sin que aparezca en las gacetas consultadas una justificación de los cambios introducidos en la redacción y sin que sea palmario que con esa nueva formulación se hubiese pretendido que al pago del descanso remunerado formara parte de la remuneración del trabajo dominical. Incluso, en el proyecto publicado en la Gaceta 52 de 2003, que recoge el texto definitivo en la plenaria de la Cámara de los días 17 y 18 de diciembre de 2002, se observa que la regulación del artículo sobre dominicales es del siguiente tenor “El trabajo en domingos y festivos se remunera con un recargo del 75% sobre el salario ordinario, en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa”. (subrayas no son del original).

De manera que atendiendo ese desenvolvimiento y tratando de encontrar la historia fidedigna del establecimiento de la norma, con el fin de desentrañar su sentido y alcance, como autoriza el artículo 27 del Código Civil, considera el Tribunal que de ninguna manera puede concluirse que en las discusiones para la creación de la norma se hubiese contemplado que la remuneración del día de descanso obligatorio, que permaneció siempre en el artículo 172 del CST, formara parte de la remuneración por el trabajo durante esos días, y por eso se aparta de la interpretación del juzgado. Mucho menos fue intención del legislador que se terminara pagando por el trabajo dominical una suma inferior al salario ordinario, es decir, una suma inferior a la propuesta por el Gobierno Nacional al presentar la iniciativa, que fue el pago de un salario ordinario, sin recargos de ninguna índole, razón por la cual la interpretación con la que más se identifica esta Sala es que finalmente se llegó a la solución de pagar como recargo el 75% sobre el salario ordinario, es decir, la suma de

este más el 75% del mismo, con lo cual se cumplía con el propósito de la ley de generar empleabilidad a través de la racionalización de los costos laborales. Por eso, las partes del proyecto que se referían a que no había recargos fue finalmente suprimida. En todo caso, si esa hubiera sido la intención del legislador, no había si no que volver al artículo inicial y en lugar de “El trabajo en domingos o días de fiesta se remunerará con el salario ordinario en proporción a las horas laboradas, anotar que sería con el 75% del salario ordinario.

En este análisis también es de importancia recordar que la versión original del artículo 179 del CST señalaba como regla para la retribución del trabajo en tales días, que “Si el trabajador labora la jornada completa se le paga salario doble”. Interesa también tener en cuenta que en Casación de 14 de septiembre de 1955 publicada en la revista “Derecho del Trabajo”, vol. XXII, núms 130 – 132, fijó el alcance de dicha regla, así: “El trabajo en domingo o días de fiesta debe retribuirse doblemente. Lo que debe doblarse es el salario de un día, que es la unidad de medida...”; doctrina reafirmada en las sentencias 10.079 de 1997, 10.297 y 10.921 de 1998, 29.814 de 2008, traídas a colación en la sentencia 59.886 de 2019, ya en vigencia de otras disposiciones legales. Y si se analiza la historia de las regulaciones, tal regla normativa no ha variado en realidad con el paso del tiempo, en cuanto a que el recargo se suma al salario ordinario, toda vez que el artículo 12 del Decreto 2351 de 1965 se circunscribió a cambiar las expresiones al hablar de “un recargo del 100%”, pero en esencia mantuvo la fórmula de la retribución doble, pues de haber querido limitarlo solamente al 100% no habría utilizado la locución “recargo” que quiere decir que además de la base (salario ordinario) debe sumarse el plus, como ya se explicó. Y la Ley 789 de 2002, como ya se dijo, simplemente redujo el porcentaje al decir que el recargo no era del 100% sino el 75%. De manera que si se hace un rastreo de la tradición jurídica nacional sobre la materia se encuentra que la voluntad del legislador fue remunerar el trabajo dominical con unos recargos que recompensaran adecuadamente el sacrificio que supone para una persona laborar en estos días, y que constituyera un incentivo atractivo para los trabajadores; recargos que hoy están en el 75% más el salario ordinario.

Para el Tribunal, las normas no pueden analizarse de manera aislada y descontextualizada, sino que es menester estarse al entorno normativo y los diferentes elementos que inciden en la interpretación de un texto legal, así como sopesar todas las normas que regulan un mismo asunto...”. ...”

Así las cosas, no le asiste razón al recurrente parte demandada, y por lo tanto se impone la confirmación de la decisión de primera instancia sobre el particular, que dispuso reliquidar y pagar la diferencia con base en el 1.75%.

No sobra señalar que la circunstancia de que la demandada concediera más días compensatorios de los establecidos en la ley como lo indica el recurrente, no es suficiente para eximirlo de la condena, pues una

circunstancia corresponde a la forma como se debe liquidar el dominical, y otra diferente el otorgar el compensatorio a que se tiene derecho por trabajar de manera habitual en tales días. Sin que los compensatorios exoneren del pago del recargo dominical pues corresponden a mandatos y obligaciones diferentes.

Respecto a la inconformidad del demandante, en relación a que el a quo no tuvo en cuenta todas las horas trabajadas precisando que *“, pues se revise la condena expuesta, teniendo en cuenta que conforme a la documental obrante al expediente, pues efectivamente para el mes de julio el demandante tenía 8 horas laboradas, pero para el mes de agosto eran 24 horas para el mes de septiembre y octubre fueron 16 horas para noviembre, diciembre y enero fueron 32 horas y para los meses, del mes de febrero también fueron 32 horas y para el mes de marzo fueron 16 horas”*

Se advierte que el a quo, preciso la diferencia en el pago cuando es ocasional y cuando es habitual, y tomo para el mes de julio 8, para el mes de agosto 24, mes de octubre 16, noviembre y diciembre 32, lo mismo que para enero y febrero de 2019, y 16 para marzo, número de horas que pretende el recurrente se tengan en cuenta, circunstancia por la cual no se presenta discrepancia con la decisión de primera instancia, pues como se observó coinciden en el número de horas pretendidas en el recurso y las tenidas en cuenta por la juez de primera instancia, sin que se advierta en consecuencia yerro alguna en tal aspecto, por lo tanto se impone la confirmación de lo resuelto sobre el particular.

Con relación a la queja del demandante recurrente para que se efectuó también el reajuste de las prestaciones sociales para el año 2018, advirtió el a quo que no estaba acreditado lo pagado por la demandada, circunstancia por la cual no podía establecer la diferencia que pudiese existir entre lo pagado y lo que se debió pagar.

El recurrente en el recurso simplemente se limita a manifestar que *“pues consideramos digamos que con los elementos probatorios obrantes al expediente, pues se podía establecer cuáles eran los valores que efectivamente estaban previstos o reconocidos para el año 2018 y en consecuencia, es procedente teniendo en cuenta que se había ordenado el reconocimiento del recargo en trabajo dominical y festivo, pues que se, de que se digamos, haga también este ajuste para el periodo julio diciembre del año 2018”*, sin precisar en qué medio probatorio se encuentra acreditado el pago echado de menos por la juez de primera instancia.

No obstante teniendo en cuenta que se trata del reajuste de las prestaciones sociales pagadas en el 2018, y se refiere al acervo probatorio, revisada la documental allegada se observa desprendible de pago del mes de diciembre de 2018 (PDF 14 folio 42), en donde por concepto de prima de servicios se le pago la suma de \$2.330.060, circunstancia por la cual teniendo en cuenta el salario básico de \$4.509.804, y los valores determinados en la sentencia por concepto dominicales o festivos pagados o que debieron ser pagados de julio a diciembre (\$263.072; \$789.216; \$526.144; \$526.144; \$1.052.296; y \$1.052.296, respectivamente, suman \$4.209.168,)), y el tiempo de 9 de julio a 30 de diciembre, se obtiene un salario promedio mensual \$734.157.21, para un total de \$5.243.961.21, por lo que le correspondería por prima de servicios \$2.505.448.16 y como la demandada le pago la suma de \$2.330.060, le debe una diferencia de \$175.388.16. Igualmente se observa desprendible de nómina de enero de 2019, en el cual la demandada le pago al actor por concepto de *“Intereses a las Cesantías Año Anterior”* la suma de \$133.559 (PDF 04 folio 41), en consecuencia por el tiempo laborado la cesantía de 2018 sería igual al monto de la prima de servicios, que correspondería los intereses pagados por la demandada, por lo que en consecuencia por diferencia de cesantía le corresponde la suma de \$175.388.16 y por diferencia de intereses a la cesantía, descontada la suma pagada, le corresponde de \$10.086.69, diferencia a que será condenada la demandada modificándose en este sentido, el numeral primero de la sentencia para incluir como reajuste

primas de servicios, cesantía e intereses a la cesantías de 2018, en los montos indicados.

Con relación a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, que controvierten ambos apelantes; debe precisarse frente a ésta, que la jurisprudencia ordinaria laboral enseña que, para su imposición, el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador moroso, con el fin de establecer si su actuar se encuentra revestido o no de buena fe, en razón a que la sola deuda objetiva de las acreencias laborales derivadas del contrato de trabajo a su terminación, no le da prosperidad.

En otras palabras, si de las circunstancias fácticas se establece que el empleador obró con lealtad, sin ánimo de ocultación o de atropello a los derechos laborales de quien reclama, la conclusión es que debe ser absuelto por estos conceptos, se analiza primero el elemento subjetivo de la conducta omisiva del deudor, con miras a determinar si las razones que expone son atendibles o justificativas para obrar como lo hizo, sin importar si estas puedan ser consideradas o no, como correctas.

Lo importante es que las razones expuestas por el empleador puedan ser consideradas como atendibles de tal manera que razonablemente lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador (a), para ubicarlo en el terreno de la buena fe, entendida esta como aquel “...obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, (...) en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos...”, sin que, por alguna razón, la mala fe pueda presumirse en su contra (CSJ, sentencias radicados 32416 de 2010, 38973 de 2011, SL11436 de 2016, SL 16967-2017, SL194-2019, SL539-2020 y SL3288 de 2021 entre otras).

En el asunto bajo examen el a quo condeno a la demanda por estimar que existía mala fe a pagar la moratoria sólo por la no consignación oportuna de las cesantías y prestaciones debidos a la terminación del contrato de trabajo desde el 1 de abril hasta el 19 de julio de 2019, cuando se puso en conocimiento del demandante el pago por consignación, en monto de \$16.285.62, y se abstuvo de imponer moratoria por las condenas impuestas en la sentencia respecto de los reajustes dominicales y prestaciones sociales, valores que en subsidio ordeno indexar, por estimar que el empleador había actuado de buena fe, pues tenía el convencimiento de ceñirse a la ley.

Sobre el particular la parte demandada pretende se le absuelva de la indemnización moratoria, para lo cual señala:

“El demandante pretende sacar provecho de su propia culpa y de sus decisiones, ya que fue éste quien en primer lugar no recibió el pago de la liquidación general de contrato y así lo señaló dentro del interrogatorio de parte, siendo esta prueba calificada al indicar que nunca estuvo de acuerdo en la forma en la cual se liquidó su contrato de trabajo por dos razones principales, la primera. siempre, indicó el demandante que la finalización de su contrato de trabajo no obedecía a una justa causa, sino que, por el contrario, el contrato se había prorrogado punto que fue materia de discusión dentro del presente proceso y del cual la sociedad que represento resultó absuelta, este punto no tiene reparo ninguno. En segundo lugar, porque fue el mismo demandante quien se rehusó a recibir las comunicaciones. Y, en tercer lugar, porque luego de un proceso de concertación con el demandante y la búsqueda de instruirlo en la forma en la cual se realizó la liquidación final del contrato, insistió en que no se debía proceder con el pago de la liquidación final del contrato, tal como lo manifestó en su comunicación de 3 de mayo del 2019, abro comillas comunicación, que se encuentra adosada al expediente y aportada como prueba, la cual señaló lo siguiente, no consignar en depósitos judiciales en tanto no se tenga claridad de la solución a las inquietudes por mi presentadas, razón por la cual requiero me contesten por escrito y formalmente de persistir la aplicación de la instrucción de no pago de los valores de habitualidad en la respuesta incluida el sustento argumental para proceder y tener claro los sustentos legales que motivan a tomar tal decisión. En este punto, señores magistrados, es evidente que el demandante se rehusaba, uno a recibir el pago de la liquidación final del contrato dos a no tener por pago la liquidación final de contrato y tres a recibir cualquier tipo de comunicación frente a lo que estaba señalando mi representada.

No obstante, y luego de agotar todos los medios posibles para que el demandante entendiera que la empresa había realizado de forma correcta la liquidación final del contrato de trabajo, la misma decidió hacer el pago a

través de un título de depósito judicial el día 7 de junio del 2019, y en ese entendido mal haría el juzgado y los magistrados de condenar a mi representada en el pago de la indemnización consagrada en el artículo 65 del CST, razones de más para el presente recurso, y es que fue el mismo demandante quien confesó en la diligencia de interrogatorio de parte que, en efecto, la comunicación le fue remitida, la comunicación tiene la dirección de notificaciones que corresponden a él y tres que efectivamente tuvo conocimiento de la realización del depósito judicial, depósito judicial en el cual se manifestaron los datos del juzgado donde debía retirarlo y que a la fecha no tenemos conocimiento si ya lo hizo, así quedó consagrado en la contestación de la demanda consignación al Banco Agrario de Colombia, realizada por Consultoría Colombiana por la suma de \$4.498.645, en ese orden de ideas, señora juez y señores magistrados, no es de recibo que se haya impuesto una condena por indemnización moratoria a mi representada teniendo en cuenta que nunca obró de mala fe y que fue el mismo demandante, y es el mismo demandante quien en el presente proceso pretende alegar su propia culpa al rehusarse a recibir esa liquidación final de contrato, por lo expuesto, solicito que se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas en la presente sentencia”

La juez para condenar al demandado a pagar la indemnización moratoria por el periodo indicado consideró:

“después de un estudio de los elementos probatorios que obran en el expediente está juez considera que la conducta de la parte pasiva no estuvo asistida de buena fe, toda vez que si bien es cierto, la empresa realizó el pago de las prestaciones a través de un depósito judicial el día 12 de junio del año 2019, ante la renuencia del trabajador en recibir la liquidación por no estar de acuerdo con los valores allí consignados, no es menos cierto que la empresa no presenta justificación alguna de por qué lo sometió al reparto tan solo un mes después de efectuada la consignación, esto es hasta el 17 de julio del año 2019, conforme se observa en el acta que corre folio 91 del plenario, cuando si lo que pretendía era liberarse de una eventual moratoria, era lógico que debía actuar con diligencia y prontitud para que la consignación surtiera sus efectos, igualmente se debe tener en cuenta que la empresa recibió la citación a la diligencia de conciliación laboral solicitada para el demandante ante el Ministerio de Trabajo respecto de la liquidación de prestaciones sociales el día 14 de junio del año 2019, como si coinciden misiva milita a folio 22, no obstante, la empresa decidió no asistir sin justificación alguna, según se desprende del acta que reposa a folio 23 del plenario lo que a juicio de esta servidora es un actuar desinteresado por parte de la compañía en resolver cualquier diferencia que pudiese tener con el extrabajador hoy demandante, en tal orden de ideas, se impondrá condena por concepto de esta indemnización a razón de un día de salario por cada día de retardo, por lo que la habida cuenta que la última remuneración mensual del trabajador ascendió a la suma de \$4.509.804 la presente indemnización se reconocerá en cuantía diaria de \$150.327 entre el primero de abril y el 19 de julio del año 2019, fecha en la cual se acreditó por parte de la encartada, que el demandante fue notificado de la existencia del título y del juzgado a donde podía acudir a reclamarlo, tal y como se corrobora con las documentales que obran a folios de 88 al 93 del plenario, indemnización que corresponde a la suma de \$16.385.621. En este punto es preciso aclarar, que, si bien el demandante

dentro del interrogatorio de parte insistió en que la comunicación, enviada a él en el mes de julio del año 2019 no correspondía a su domicilio particular, en tanto no sé, dirigía a él y no hacía relación a sus datos personales, argumentos que fueron reiterados por su apoderado dentro de los alegatos de conclusión, lo cierto es que no obra en el plenario documento o prueba alguna que respalde tales afirmaciones, siendo su carga procesal conforme lo normado en el artículo 167 del C.G.P. Por el contrario, la empresa demandada allega certificaciones expedidas por la empresa Inter rapidísimo, en la cual se certifica el envío de la copia de título judicial y hasta de reparto dirigida a Jorge Antonio Lancheros a la dirección, calle 63, número 75 35 apartamento 201 interior 1, el cual el actor aceptó dentro del interrogatorio de parte que corresponde a su domicilio acompañada de la copia del acta de reparto, al Juzgado tercero municipal de pequeñas causas laborales de esta ciudad, del pago por consignación a nombre de la entidad demandante en el cual se indica en nombre e identificación 86081805 que corresponde efectivamente a la cedula del demandante, según se colige los datos suministrados en el poder que milita folio 1 del plenario, documento que tiene un sello de correo cotejado que data del 18 de julio del año 2019. También se aportó copia de la comunicación dirigida por la demandada de fecha 19 de junio del año 2019. Igualmente tiene el sello de correo certificado con fecha 18 de julio de 2019, mediante la cual se le comunica al actor el pago de las acreencias debidas a través a través de título judicial. en atención a las consideraciones antes expuestas es que se concluye que el empleador cumplió con la carga de comunicarle al trabajador el pago de consignación al él efectuado, por tal motivo se surtió los efectos previstos en el numeral 2º del artículo 65 del CST.

De donde se colige, que como fundamentos señalo la juez que si bien la demandada efectuó el depósito el 12 de junio de 2019, ante la renuencia del trabajador en recibir la liquidación por no estar de acuerdo con los valores allí consignados, la demandada solo lo sometió a reparto el 17 de julio de 2019, además tuvo en cuenta el a quo que la demandada fue citada a diligencia de conciliación laboral ante el Ministerio de Trabajo respecto de la liquidación de prestaciones sociales, no obstante decidió no asistir sin justificación alguna, lo que a juicio de la juez es un actuar desinteresado por parte de la compañía en resolver cualquier diferencia que pudiese tener con el extrabajador hoy demandante.

Observa la Sala que ninguno de los anteriores argumentos expuestos por la juez, son controvertido por la pasiva, ya que se centra en señalar que el demandante fue renuente a recibir y solicitó que no le consignaran hasta no dirimir la controversia.

Debe señalarse que es obligación del empleador pagar a la terminación del contrato de trabajo lo debido por salarios y prestaciones sociales y en caso de no existir acuerdo o el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez del trabajo como lo establece expresamente el artículo 65 del CST, y lo evidenciado en el presente asunto es que la demandada no pago lo debido a la terminación del contrato de trabajo, y si bien podría aceptarse en gracia de discusión que el trabajador fue renuente a recibir debió consignar como lo ordena la norma citada, sin embargo a pesar de terminar el contrato de trabajo el 30 de marzo de 2019 solo hasta el 12 de junio de 2019 efectuó la consignación en el Banco Agrario (PDF 14 folio 10), pero además como lo señala el juez de primera instancia lo sometió a reparto hasta el 17 de julio de 2019, como se infiere del acta de reparto (PDF 14 folio 16 y 17), y fue notificado el demandante el 19 de julio de 2019, sin presentar justificación en tal demora.

También resulta relevante como lo señala el a quo, que el demandante cito a la Sociedad al Ministerio de Trabajo con el fin que asistiera el 11 de julio de 2019 y no compareció (PDF 3 folios 20 y 21). Por lo que se advierte que para la fecha de citación ante el Ministerio el demandado ya había efectuado el depósito ante el Banco Agrario (12 de junio 2019), pero toda vía no lo había puesto a ordenes de Juzgado (lo hizo según acta de reparta hasta el 17 de julio 2019), por lo que bien pudo asistir e informar sobre el trámite.

Por lo anterior se impone la confirmación de la decisión del juez de primera instancia, pues no se evidencia que el proceder de la demandada se acompase con la jurisprudencia, pues no justificó o expuso razón alguna para que una vez efectuada la consignación no la pusiera a disposición del juzgado, demorándose más de un mes, ni tampoco atendiera la citación al Ministerio de trabajo en donde hubiese podido justificar su proceder,

dejando por tanto sin acreditación ese actuar que lo exonere de la sanción impuesta. No pudiendo servir simplemente como excusa la solicitud del demandante para que no le consignara, porque lo cierto es que el demandado no la atendió, ni tampoco estuvo presto a resolver el conflicto ante la citación ante el Ministerio de Trabajo.

Con relación a la petición de la parte actora para que se imponga la sanción moratoria sin el límite señalado por el a quo, manifestó:

“Un tercer es, el de la indemnización moratoria sobre este punto, señora juez, pues manifestamos el acuerdo en cuanto se ordenó el reconocimiento de la indemnización moratoria por considerar el despacho que el empleador de mi poderdante, pues no obró de buena fe. No obstante, señora juez, pues consideramos que la fecha hasta la cual se limitó el reconocimiento de la indemnización moratoria, pues no es la correcta ni la ajustada, teniendo en cuenta que para que se entienda surtido el pago por consignación, no solo se debe realizar la consignación, sino que igual se debe hacer llegar al juez del trabajo el título respectivo, dejando la documentación necesaria para que el trabajador pueda cobrar el título si no se pueda hacer efectivo, pues es esto indica que es como si el empleador no hubiera realizado el pago y se deben, pues realizar todas las gestiones para que se pueda cobrar y librar, pues dicho pago de la indemnización moratoria tal y como lo señaló, pues mi poderdante en el interrogatorio de parte, si bien el para el 19 de julio del año 2019 recibe esa documentación, pues como en su momento lo indicó y se evidenció en el interrogatorio de parte con el soporte correspondiente, pues dicho pago los documentos que le fueron remitidos no correspondían, pues a los requeridos para que él identificara actuara era el despacho judicial al cual debía concurrir para hacer efectivo el cobro, el cual incluso pues digamos importante vino a tener conocimiento y en esto pues también lo señaló el interrogatorio de parte solamente hasta el mes de julio del año 2020, en atención a lo anterior, señora juez, pues sí solicitamos al Tribunal que revise también este punto y que se modifique la fecha de reconocimiento de la indemnización moratoria, teniendo en cuenta, pues, que el empleador en su momento no le acreditó en julio del 2019 toda la documentación que se requería para efectivamente poder realizar el pago”

Se advierte que el demandante pretende no se tenga en cuenta el límite establecido por estimar que no solo se debe realizar la consignación, sino que igual se debe hacer llegar al juez del trabajo el título respectivo, dejando la documentación necesaria para que el trabajador pueda cobrar el título, pues en su concepto debe realizar todas las gestiones para que se pueda cobrar, aspectos estos que aparecen evidenciados que el

demandado cumplió, pues efectuó el depósito y sometió a reparto la solicitud de entrega del respectivo título al demandante, como se colige del acta de reparto, así como de los documentos enviados al demandante, de tal suerte que no puede alegarse la falta de entrega ante el juzgado respectivo o la falta de información al demandante, por lo tanto, no prospera su petición.

No sobra señalar que, si bien no es suficiente que el empleador consigne ante el Banco, lleve el título al juzgado, sino que también notifique al empleado como se colige de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4400 de 2014, que las anteriores circunstancias, como se dijo, se cumplieron por parte del empleador como quedo reseñado, por lo tanto, al limitar el juez de primera instancia la indemnización moratoria hasta la fecha que fue notificado el demandante de la consignación y el juzgado donde se encontraba, se ajusta con lo previsto por la jurisprudencia.

De otra parte aclara la Sala que el juez se abstuvo de condenar a la demandada de pagar la indemnización moratoria por las condenas impuestas en la sentencia, al estimar que el demandado había obrado de buena fe, pues tenía la íntima convicción de estar actuando conforme a la ley, como lo dedujo la juez de primera instancia de la respuesta al derecho de petición que envió el actor, en donde la demandada expone de manera amplia las circunstancias por las cuales liquida los dominicales en la forma en que lo hizo, pero como se dijo la parte demandante no controvierte este aspecto del fallo por lo que la Sala no tiene competencia para examinarlo, y en caso que lo pudiera hacer lo cierto es que compartiría las razones expuestas por la juez de primera instancia pues la norma por si misma no resulta clara y puede presentar confusión, por lo que para su análisis se requiere un estudio sistemático y contextualizado de la forma como se ha

establecido el pago del dominical, siendo admisible la posición de la demandada para exonerarlo de la sanción aunque equivocada.

De esta manera quedan resueltos los temas objeto apelación planteados por las partes al momento de interponer los recursos, reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en dicha oportunidad.

En ese orden de cosas, al no prosperar el recurso de la parte demandada, se condenará en costas de esta instancia y como agencias en derecho se fija la suma equivalente a dos salarios mínimos legal vigente. Sin costas para el demandante pues el recurso le prosperó parcialmente.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ordinario promovido por **JORGE ANTONIO ALONSO LANCHEROS** contra **CONSULTORIA COLOMBIANA SA**, en el sentido de incluir también el pago de las sumas de \$175.388.16 por diferencia de prima de servicios, \$175.388.16, por diferencia de cesantías y \$10.086.69 por diferencia intereses a la cesantía del año 2018, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Confirmar en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

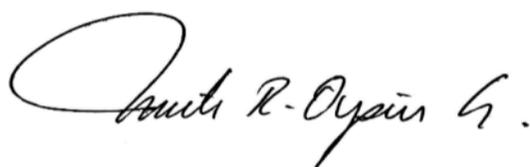
TERCERO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandada, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a dos salarios mínimo mensual legal vigente. Sin cosas al demandante

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital *“al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE.



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



ASTRID ELIANA BARAJAS CARREÑO
Secretaria



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105027202000015-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación Pensión de Vejez Toda la Vida Laboral.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 02 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ ARBOLEDA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, así mismo conocer en el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta en lo no apelado.

ANTECEDENTES

CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ ARBOLEDA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, se declare que tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, tomando el total de las semanas cotizadas al 31 de enero de 2019, esto es, 2.020 semanas; que, se declare que su pensión de vejez debe ser liquidada aplicando una tasa de reemplazo del 69.552%; que, se condene a COLPENSIONES a reliquidar y pagar la pensión de vejez, aplicando la anterior tasa de reemplazo, ascendiendo su mesada pensional a \$12.610.983, a partir del 01 de febrero de 2019, junto con el pago de las diferencias causadas, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así como las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria solicitó que, en caso de no acceder al pago de los intereses moratorios, se condene a COLPENSIONES a pagar las diferencias causadas, debidamente indexadas.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, al 01 de febrero de 2019, tenía 2.020 semanas cotizadas y 62 años de edad, por lo que, COLPENSIONES, a través de la resolución SUB 73418 del 26 de marzo de 2019, le reconoció la pensión de vejez, en cuantía de \$11.604.225, a partir del 01 de febrero de 2019, pero sólo tuvo en cuenta 1.636 semanas y le aplicó una tasa de reemplazo del 64%; que, contra esa decisión interpuso los recursos de ley y fue confirmada por las resoluciones SUB 189510 del 19 de julio de 2019 y DPE 9755 del 13 de septiembre de 2019.

Indicó que, al momento de efectuar la liquidación de la prestación pensional, COLPENSIONES, omitió los aportes efectuados a su favor, por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, para los ciclos 1998/08/05 a 1999/09/30, 2001/09/01 a 2001/10/31, 2002/03/01 a 2002/12/31, 2003/02/01 a 2008/11/30, que equivalen a 410,57 semanas adicionales a las 1.636 que indicó en la resolución; que, mediante comunicación del 27 de febrero de 2019, la AFP PROTECCIÓN S.A., certificó que, el 04 de febrero de 2019, le trasladó a COLPENSIONES, 690 semanas por valor de \$231.954.141.

Refirió que, el valor de la mesada reconocida por COLPENSIONES, no corresponde a la que efectivamente le correspondía, ya que, debió aplicarse a su favor una tasa de reemplazo del 69.552%, debiendo asignarle como mesada una suma no inferior a \$12.610.983 a partir de 01 de febrero de 2019 (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, presentó escrito de contestación oportunamente, se opuso a las pretensiones y aceptó la mayoría de los hechos, aclarando que, liquidó en debida forma la pensión de vejez reconocida al demandante, aplicando el IBL que le fue más beneficioso; además que sumándole tiempos públicos y privados, acreditó sólo un total de 1.606 semanas. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en Institucionales administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (Archivo 05).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 02 de agosto de 2022, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES, a reliquidar la pensión de vejez reconocida al demandante, en la suma de \$13.697.434,03, a partir del 01 de febrero de 2019, la cual deberá reajustarse anualmente con los incrementos de ley; también condenó a la demandada, al pago de \$98.387.432,28 por concepto de diferencias causadas entre el 01 de febrero de 2019 al 31 de julio de 2021 y

por las que se causen con posterioridad hasta cuando dicho reajuste sea incluido en nómina; junto con los intereses moratorios sobre las diferencias pensionales adeudadas, desde cuando se hizo exigible y hasta cuando se haga su pago efectivo; autorizó a COLPENSIONES, a descontar del retroactivo pensional, los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y trasladarlos a la EPS, a la cual se encuentre afiliado el actor; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, específicamente en relación con la condena de los intereses moratorios y las costas del proceso; respecto de la primera indicó que, no hay lugar al pago de intereses moratorios cuando se condena por al reajuste o liquidación de la pensión de vejez, citó la jurisprudencia SL1160 de 2018, donde se advierte que la mora se causa por el no pago o retardo de la pensión y no por su pago incompleto o deficitario; que, tampoco procede el pago de costas y agencias en derecho, de acuerdo a lo establecido en el inciso cuarto del artículo 48 de la CP, ya que, los recursos de esa Administradora, no se pueden destinar para el pago de asuntos diferentes a la Seguridad Social; además que, la mayoría de procesos ejecutivos contra esa Entidad, son por el cobro de costas procesales, de ahí que no imponerlas contribuiría a la descongestión judicial

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, **COLPENSIONES**, reiteró los argumentos expuestos tanto en su escrito de contestación de la demanda, como en el recurso de apelación.

El demandante, solicitó confirmar en su integridad la sentencia apelada, incluidos los intereses moratorios a cargo de COLPENSIONES, quien aseguró actuó de mala fe, respecto a su afiliado y ante la temeridad de sus argumentos, pide que también sea condenado en costas en Segunda Instancia

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de alzada y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recursos de apelación presentado por COLPENSIONES, la Sala deberá determinar, si procede la reliquidación de la pensión de vejez reconocida al actor, teniendo en cuenta lo devengado durante toda la vida laboral y una tasa de reemplazo del 69.552%

sobre el IBL; además, si COLPENSIONES, debe ser condenada al pago de intereses moratorios y costas procesales.

CALIDAD DE PENSIONADA DE LA DEMANDANTE

No es materia de discusión que COLPENSIONES reconoció al señor CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ ARBOLEDA, pensión de vejez mediante Resolución SUB 73418 del 26 de marzo de 2019, teniendo en cuenta un total de 1.636 semanas y un IBL calculado sobre las cotizaciones de los últimos 10 años, por \$18.131.601 al que le aplicó una tasa de reemplazo de 64%, arrojando una mesada pensional de \$11.604.225 a partir del 01 de febrero de 2019; decisión que fue confirmada por las resoluciones SUB 189510 del 19 de julio de 2019 y DEP 9755 del 13 de septiembre de 2019, circunstancias que igualmente se corroboran con la forma asertiva como en parte se contestó la demanda y con la documental que en los archivos 01 y 05 del expediente digital.

DE LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL

Solicitó el demandante, la reliquidación de la pensión de vejez, que le fue reconocida por COLPENSIONES, a través de la resolución 73418 del 26 de marzo de 2019, teniendo en cuenta para ello, el total de las semanas cotizadas al 31 de enero de 2019, esto es, 2.020 semanas y una tasa de reemplazo del 69.552%; a lo que se opuso la demandada, quien aseguró que la mesada pensional se liquidó en debida forma, sobre las 1636 semanas que efectivamente cotizó, con el IBL de los últimos 10 años que le era más favorable y al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 64%.

La Juez de Primer Grado, accedió parcialmente a las pretensiones del demandante, pues, dispuso la reliquidación de la pensión de vejez, con el IBL de los últimos 10 años cotizados y no con el de toda la vida laboral como solicitaba el actor; tomó como semanas realmente cotizadas un total de 2.049,29 y le aplicó a un IBL de \$18.129.366,41 la tasa de reemplazo del 75.6%, obteniendo una mesada pensional a favor del actor, de \$13.697.434,03, a partir del 01 de febrero de 2019.

Procede entonces esta Sala, en el grado jurisdiccional de consulta a verificar la procedencia o no de la reliquidación deprecada por el demandante y ordenada por la *a quo*, teniendo en cuenta que, acerca del ingreso base de liquidación de la pensión de vejez para aquellos afiliados que, como el caso de la aquí demandante, se regulan por la ley 797 de 2003, debe liquidarse de acuerdo con el artículo 21 de la misma Ley 100 de 1993, establece:

“ARTICULO. 21. Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.
(Negrilla fuera de texto)

En este sentido, al plenario se allegó la resolución SUB 73418 del 26 de marzo de 2019 (Archivos 01 y 05), donde se advierte que la liquidación de la pensión de vejez, reconocida al demandante, sólo tuvo en cuenta un total de 1.636 semanas, pues, respecto a las semanas faltantes cotizadas por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, por los ciclos 199508 a 199601, 199801 a 199804, 199806, 200110, 200203 a 200212, 200302 a 200812 indicó COLPENSIONES, en la resolución DPE 9755 del 13 de septiembre de 2019, que las mismas no se podían contabilizar, pues, era necesario que la AFP, a la cual estuvo vinculado el actor, antes de retornar a COLPENSIONES, diera respuesta a una solicitud de recuperación de ciclos *“y de ser el caso haga el traslado de los aportes correspondientes”*, por lo tanto, *“su historia laboral no podrá ser modificada, contando actualmente con un total de 1.636 semanas cotizadas”*; no obstante, también obra en el expediente comunicación de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, del 24 de octubre de 2019 dirigida a COLPENSIONES, solicitando la inclusión de los periodos faltantes para reliquidar la pensión de vejez del demandante, adjuntando los respectivos soportes de pago, además de aclarar que *“el tiempo que no se tuvo en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez, fue cotizado a la Administradora de Fondo Privado ING hoy PROTECCION, por la decisión de trasladarse de régimen del extrabajador CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ ARBOLEDA, razón por la cual, en la historia laboral de Colpensiones generada por internet, dicho tiempo figura con la anotación de Pago recibido del régimen de Ahorro individual por traslado”*; y, también, se encuentra el reporte de estado de cuenta de traspasas por PROTECCION a COLPENSIONES, donde se incluyen los aportes que extraña la demandada (fls. 59-348 Archivo 01).

Sumado a lo anterior, dentro del expediente administrativo que presentó COLPENSIONES, obra reporte de semanas cotizadas, de fecha 17 de junio de 2021, donde consta que CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ ARBOLEDA, cotizó entre el 02 de julio de 1979 y el 31 de enero de 2019, un total de 2.020 semanas (PDF 59 Archivo 05).

Así las cosas, efectuadas las operaciones aritméticas del caso, encuentra la Sala, que, el total semanas cotizadas por el demandante, es de **2.020,86** y no 2.049,29 como indicó la *a quo*; el IBL de toda la vida laboral asciende a \$11.393.364, mientras que el de los últimos 10 años cotizados, corresponde a \$18.118.403, resultando efectivamente más favorable al actor, este último como lo determinó la Juez de Primer Grado; por tanto, al aplicarle una tasa de reemplazo del 75.60%, se obtiene una mesada pensional por la suma de \$13.697.494,55, a partir del 01 de febrero de 2019, que coincide con la se fijó en Primera Instancia, razón por la cual se confirmará se sentencia materia de consulta y apelación en aspecto.

Ahora, en cuanto al retroactivo pensional, dando cumplimiento a lo establecido en el inciso segundo del artículo 283 del CGP, aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del CPTSS, se procederá a modificar ordinal segundo de la sentencia objeto de alzada, para en su lugar condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar al demandante, la suma de CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CINCUENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$133.484.057,00), por las diferencias pensionales causadas a favor de éste, entre el 01 de febrero de 2019 y el 31 de agosto de 2023, fecha de esta providencia, sin perjuicio de las diferencias que se causen con posterioridad y hasta la inclusión en nómina del reajuste ordenado.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Como consecuencia de la reliquidación deprecada, la Juez de Primer Grado, condenó a COLPENSIONES, al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a lo que se opone esa demandada, alegando que esta clase de sanción sólo procede por el no pago de mesadas pensionales.

Señala el tenor literal del artículo 141: *“INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”*

Claro es que, si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredita el derecho pensional y la Entidad encargada de reconocerlo no lo hace, incurre en mora, surgiendo la obligación de reconocer los intereses moratorios; pero, frente a un mayor valor de la pensión fruto de un reajuste o reliquidación, aunque inicialmente no se contemplaba el pago de dicha sanción, la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, modificó su postura a través de la sentencia CSJ SL3130 de 2020, donde señaló lo siguiente:

“...mientras no se cumpla a cabalidad con la respectiva obligación, en este caso, el pago íntegro de la mesada pensional en la cuantía y términos establecidos legalmente, la entidad obligada a su reconocimiento sigue en mora y, como consecuencia, según las voces naturales y obvias del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe pagar intereses moratorios sobre las sumas debidas.

Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora.

3. En aras de reforzar argumentativamente la anterior inferencia, la Corte estima pertinente recordar que, en el específico ámbito de las relaciones de trabajo, respecto de las sanciones que castigan el incumplimiento del empleador en el pago de los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores, la jurisprudencia ha

establecido que el fenómeno de la mora se consolida tanto en los casos de falta de pago de la obligación como en los de pagos parciales o deficitarios.

(...)

En esas condiciones, si los intereses moratorios tienen como finalidad reparar los perjuicios ocasionados al pensionado por la mora en el pago de su respectiva pensión, es imperioso reconocer que deben tener procedencia tanto en los casos de omisión en el pago de la prestación, como en los casos de pago incompleto, pues en los dos eventos se produce un detrimento para el pensionado, que merece una compensación efectiva.

Para la Corte, en este punto, no es admisible sostener que el pensionado únicamente sufre un daño económico cuando no recibe suma alguna por concepto de mesada pensional, pues, teniendo en cuenta que la pensión es un derecho íntimamente relacionado con el mínimo vital, además de que su cuantía está fijada legalmente y tiene una relación de correspondencia con los aportes al sistema, todo pago imperfecto, insustancial o incompleto seguirá generando un deterioro cierto, que merece a todas luces una legítima compensación.

Así las cosas, una interpretación teleológica de la norma impone reconocer que los intereses moratorios también proceden en los casos de pago parcial o incompleto de la pensión, pues en este caso el pensionado también sufre un injusto perjuicio, que merece reparación objetiva.

(...)

6. Como conclusión, la Corte encuentra suficientes razones para modificar su jurisprudencia hasta ahora vigente, y sostener que la correcta interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 permite inferir que los intereses moratorios allí consagrados proceden tanto por la falta de pago total de la mesada como por la falta de pago de alguno de sus saldos o ante reajustes ordenados judicialmente.

Ahora bien, la posición que se sienta a través de esta decisión y que se justifica en líneas anteriores merece dos precisiones fundamentales.

En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas.

En segundo lugar, que los intereses moratorios sobre saldos o reajustes de la pensión deben liquidarse respecto de las sumas debidas y no pagadas, pero no teniendo como referente la totalidad de la mesada pensional. En este punto es claro el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en cuanto dispone que la respectiva entidad debe pagar «la obligación a su cargo», que en este caso es el saldo debido, y «sobre el importe de ella», ese decir ese saldo, «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago.»

Teniendo en cuenta lo anterior, y habida cuenta que COLPENSIONES, no liquidó de manera correcta, ni canceló al demandante, la mesada pensional de forma completa resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, en cuanto impuso a esa Administradora, el pago de los intereses moratorios, en los términos señalados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

DE LAS COSTAS PROCESALES

Finalmente, en relación con la condena en costas a cargo de COLPENSIONES, habida cuenta que éstas se imponen a la parte vencida en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que, evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad esa demandada, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releve de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la misma; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse sobre el valor de las agencias en derecho fijadas por la Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas *“solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, la parte recurrente deberán manifestar las inconformidades que tenga al respecto, en aras de garantizar el principio de la doble instancia.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta surtido a su favor.

Costas en la alzada a cargo de COLPENSIONES. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia apelada, proferida el 02 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá; para en su lugar, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a pagar a favor del demandante **CARLOS ALBERTO GONZÁLEZ ARBOLEDA**, la suma de CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL CINCUENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$133.484.057,00), por las diferencias pensionales causadas entre el 01 de febrero de 2019 y el 31 de agosto de 2023, fecha de esta providencia, sin perjuicio de las que se originen con posterioridad y hasta su inclusión en nómina de pensionados, conforme se indicó en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en la alzada a cargo de COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a favor del demandante. Se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105031202200053-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones, Colfondos S.A., Skandia y Protección S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el dieciséis (16) de diciembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA PATRICIA RIVERA FORERO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

María Patricia Rivera Forero, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., para que declare la ineficacia de la afiliación de la demandante en el mes de octubre de 1998 con Protección S.A. a donde efectuó el traslado del RPM al RAIS, indicando que para todos los efectos legales la demandante se encuentra afiliada al RPM, en consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A. a la devolución de todos los

aportes que se encuentran en la cuenta individual de ahorro de la demandante, con los rendimientos financieros y el bono pensional, a COLPENSIONES a recibir los aportes, a lo extra y ultra petita, a las costas y agencias en derecho.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 31 de mayo de 1961, que desde el 2 de julio de 1995 realizó cotizaciones al RPM, es decir, al ISS hoy COLPENSIONES, que en octubre de 1998 estaba laborando para la empresa Circulo de Viajes Universal S.A. y fue visitada por un asesor comercial de PROTECCIÓN S.A., sin que suministrara la información correspondiente, mencionando que el ISS iba hacer liquidado y que se ponía en riesgo su derecho a la pensión, que el 11 de enero de 2000 se trasladó a COLFONDOS S.A. y posteriormente, el 8 de marzo de 2012 se cambió a SKANDIA S.A., entidades que también incumplieron su deber de información, nuevamente se trasladó a COLFONDOS S.A. el 26 de febrero de 2014, segunda oportunidad en la que tampoco se cumplió con el deber de información, que el 31 de agosto de 2021 se solicitó ante COLPENSIONES el traslado para regresar al RPM, también se adelantaron solicitudes ante los demás fondos privados, entidades que contestaron negativamente lo solicitado.

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, Colfondos S.A. y Skandia S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas. De otro lado, a Protección S.A. se le dio por no contestada la demanda.

La **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, propuso las excepciones de fondo que denomino; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (archivo 14ContestaciónColfondos.pdf, fls. 17 a 20)

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A.**, propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia obligación, actos de relacionamiento, Skandia no participo ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón

de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal – falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe, genérica. (archivo 12ContestaciónDemandaLlamamientoGarantia.pdf, fls. 11 a 20).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, innominada o genérica. (archivo 11ContestacionDemandaColpensiones .pdf, fls. 34 a 36).

Posteriormente, se vinculó al proceso a **Mapfre** como llamada en garantía, quien propuso las siguientes excepciones; el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A.”, prescripción de la acción de nulidad, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, reconocimiento oficioso de excepciones, frente a la acción material ejercida por la parte demandante, Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante, AFP Skandia S.A., y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia de derecho contractual por parte de “Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A.”. (archivo 21ContestacionDemandaAlllamamientoGarantia .pdf, fls. 7 al 11 y 15 al 21)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el dieciséis (16) de diciembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante del RPM al RAIS, teniéndola como válidamente afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES, condeno a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió la demandante y que recibió de PROTECCIÓN y SKANDIA por concepto de aportes, junto con sus rendimientos y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales, condeno a PROTECCIÓN y SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que descontó de lo aportado por la demandante por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, seguros previsionales, debidamente indexados, condeno a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES lo que descontó del primer periodo de afiliación de la demandante, mes uno del año 2000, mes tres del año 2012, por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, seguros previsionales, debidamente indexados, condeno a PROTECCIÓN, COLFONDOS y SKANDIA al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal a favor de la demandante, condeno a SKANDIA al pago de costas y agencias en derecho a favor de la llamada en garantía MAPFRE, absolvió a MAPFRE de la totalidad de las pretensiones incoadas tanto de la demandada como del llamamiento en garantía, sin costas a cargo de COLPENSIONES.

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y Skandia S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia, argumentó que: en su oportunidad la entidad traslado a COLFONDOS los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, por lo que, no es procedente devolver la prima de seguros previsionales de manera indexada, pues la cuenta esta inactiva y en 0, la Ley 100 de 1993 a contemplado una destinación específica a esos recursos, las misma suerte corre para los gastos de administración, de considerarse que debe devolverse dichos gastos, lo cierto es que esto estaría a cargo de Mapfre, perdiéndose los elementos esenciales del contrato de seguros, además debe tenerse en cuenta que ya se está compensando los dineros con los rendimientos generados a los aportes, por lo que, se pagaría una doble sanción, también frente al tema asegurable es procedente indicar que los emolumentos se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, manifestó que; se encuentra en una de las prohibiciones establecidas por la ley ya que le faltan menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, se evidencian, contradicciones del tiempo frente a las vinculaciones, dejándose de lado lo correspondiente a los actos de relacionamiento, siendo clara su intención de permanecer bajo la cobertura del RAIS ante sus múltiples vinculaciones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente COLPENSIONES se absuelva a la entidad de todas las pretensiones, como fundamentos jurídicos y jurisprudenciales, indico; artículo 2 de la Ley 797 de 2001, artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Decreto 3800 de 2001, inciso 4 artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sentencia C – 789 de 2002 y artículo 3 del Decreto 3800 de 2001, sentencia C – 1024 de 2004, sentencia STC8762 – 2017 M.P. Álvaro Fernando García radicación No. 76001 – 22 – 03- 000 – 2017 – 00209 – 01, solicitud de aplicación de la sentencia SU 062 de 2010 y diligenciamiento del formulario de traslado, Skandia a través de su apoderada, entre sus alegatos dijo; por qué no, debe asumir con el patrimonio propio la administradora de pensiones el porcentaje de gastos de administración, Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. debe ser condenada a pagar las primas del seguro previsional, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, existencia de compensación, por tanto, no es procedente la indexación, por último, la llamada en garantía Mapfre solicito se mantenga la decisión proferida en primera instancia. Las demás partes, guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si la prohibición de poderse trasladar al RPM cuando falten menos de 10 años para adquirir el derecho pensional o el hecho de haberse trasladado de forma horizontal en varios fondos pensionales hacen imposible la aplicación de la ineficacia del traslado de régimen, **iii)** si Skandia S.A. están obligada a la devolución de

los gastos de administración y demás sumas recibidas de forma indexada por causa de la afiliación realizada o si es la llamada en garantía Mapfre quién debe responder por estos rubros y **iv)** lo correspondiente al fenómeno de la prescripción. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones y su respuesta de fecha 31 de agosto de 2021, donde le fue negado la anulación del traslado del RPM al RAIS. (archivo 02EscritoDemanda .pdf, fls. 46 a 51).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones 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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Allí también, se dijo que los traslados de administradoras en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no convalidan, ni ratifican la decisión del traslado del RPM al RAIS.

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada**.*

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo,</i>

		<i>sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el treinta y un (31) de mayo de 1961 (archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2192-20220221092026.PDF, carpeta CC-51695093 y ExpedienteAdministrativo), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 1 de julio de 1995 al 31 de octubre de 1998 un total de 39,57 semanas (archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2192-20220221092026.PDF, carpeta CC-51695093 y ExpedienteAdministrativo), iii) que el primero (1) de septiembre de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colmena S.A. hoy Protección con fecha de efectividad desde el 01 de noviembre de 1998 (archivo 12ContestacionDemandaLlamamientoGarantia.pdf, fl. 29). iv) que realizo múltiples traslados a diferentes AFP entre COLFONDOS y SKANDIA (archivo 02EscritoDemanda .pdf, fls. 31 al 34) y v) que actualmente se encuentra

vinculada a la AFP COLFONDOS contando con 1.129 semanas (archivo 02EscritoDemanda .pdf, fl. 16 a 30).

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Colfondos S.A., Skandia S.A. y Protección S.A. estaban obligados a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora María Patricia Rivera Forero asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las

restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 *ibidem*–.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar**

valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”. (Negrilla fuera de texto)

Por último, respecto a la condena de indexar los conceptos que se ordenan devolver, está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, si bien no se solicitó por la parte demandante, lo cierto es que el Juez laboral cuenta con la facultad extra petita, otorgando a la parte demandante derechos por fuera de lo pedido, siempre que se encuentre probado, es así como no solo los efectos de nulidad aplicables a la ineficacia dan lugar a ello, sino del material probatorio al realizarse el correspondiente interrogatorio de parte a la demandante, se establece que la misma no conocía de las características del RAIS, pues los rendimientos financieros de los aportes, que en tesis de la demandada Colfondos S.A. equipara las deducciones realizadas, no puede ser tenido en cuenta así, dado que nunca aportó pruebas documentales en las que conste los aportes de la demandante, con las correspondientes deducciones en comparación con los supuestos rendimientos, con el fin de verificar si se conservaban los aportes que hubiera hecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, máxime, cuando los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado y sus riesgos, ya que los mismos se encuentran clasificados, los cuales pueden ser altos, moderados o conservadores, resultando totalmente superfluo. Aunado a lo anterior, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria a través de varios pronunciamientos judiciales ha ordenado la indexación de los dineros que se deben trasladar al RMP administrado por COLPENSIONES en casos en los cuales se estudia la ineficacia del traslado de régimen.

Referente a lo manifestado por la recurrente del llamamiento en garantía, es importante indicar que entre **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** dan cuenta la existencia de los contratos de seguro previsional a los que se refiere la demandada, sin embargo, se advierte que el objeto de este proceso es que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad y de las afiliaciones que se efectuaron a sus diferentes administradoras y escapa del conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral la situación relacionada con los contratos de seguro celebrados entre las personas jurídicas señaladas que no son *controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras* (numeral 4° del artículo 2° del CPT y SS), sino que se trata de un asunto meramente comercial entre dos contratantes que corresponde conocer a una jurisdicción distinta y, por ende, no puede en este proceso resolverse sobre tal relación, con fundamento en lo anterior, se niega lo pretendido, incluso desde el inicio de la solicitud del llamamiento en garantía se debe haber negado el mismo.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Colmena S.A. hoy Protección S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Protección S.A. el primero (1) de septiembre de 1998 con efectividad el 1 de noviembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el dieciséis (16) de diciembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **MARÍA PATRICIA RIVERA FORERO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultados del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105007201900085-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación Pensión de Vejez – Cosa Juzgada.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la apoderada de COLPENSIONES y el representante del Ministerio Público, en contra de la sentencia proferida el 10 de junio de 2020, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **IVÁN GUTIÉRREZ ISAZA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

IVÁN GUTIÉRREZ ISAZA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, se declare que tiene derecho a que su pensión de vejez sea reliquidada teniendo en cuenta toda su vida laboral, por tener cotizadas más de 1.250 semanas, con el 90% del IBL; que, se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez y pagar las diferencias causadas entre la mesada inicialmente reconocida y la pensión reliquidada; que, se ordene la indexación del retroactivo pensional; que, se condene a la demandada al pago de las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, mediante resolución 103438 del 14 de marzo de 2011, el ISS hoy COLPENSIONES, le reconoció pensión de vejez, en cuantía de \$1.574.551, efectiva a partir del 01 d marzo de 2011; que, demandó la reliquidación de la pensión de vejez, y, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral con radicado 2012-00042, mediante sentencia del 31 de julio de 2012, ordenó su reajuste, por lo que, la demandada, a través de la

resolución GNR 32759 del 22 de octubre de 2015, dio cumplimiento al fallo, pero sólo tuvo en cuenta un total de 1.197 semanas.

Indicó que, en el curso del proceso ordinario que cursó en el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, solicitó a COLPENSIONES, la corrección de su historia laboral, por haber encontrado soportes que le permitían demostrar un mayor tiempo laborado; que dichas solicitudes fueron resueltas con posterioridad a la sentencia de Primera Instancia, acreditando un total de 1.321 semanas cotizadas, por lo que, solicitó nuevamente la reliquidación de la pensión de vejez, con una tasa de reemplazo del 90% y tomando en cuenta las semanas cotizadas durante toda la vida laboral, petición que le fue negada por las resoluciones SUB 62482 del 05 de marzo de 2018 y DIR 10434 del 30 de mayo de 2018, alegando la existencia de una cosa juzgada (fls. 3-7).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, presentó escrito de contestación oportunamente, se opuso a las pretensiones y aceptó la mayoría de hechos. En su defensa argumentó que, la pensión de vejez del demandante, ya fue reliquidada mediante la resolución GNR 327159 del 22 de octubre de 2015, en cumplimiento de la sentencia de fecha 31 de julio de 2012, proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá y confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, configurando este hecho cosa juzgada, al encontrarse debidamente ejecutoriada y hacer parte de los actos jurídicos definitivos, cuya eficacia no está condicionada a la aceptación de sus destinatarios. Propuso las excepciones de cosa juzgada, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, presunción de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (fls. 29-41).

Intervino en el Proceso el Procurador 25 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, quien formuló las excepciones de cosa juzgada e inexistencia de los intereses moratorios, alegando que, ya el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso la reliquidación de la pensión de vejez del demandante, así como el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, existiendo identidad de partes, identidad de causa e identidad de objeto entre las sentencias que ya se encuentran en firme y este nuevo proceso (fls. 71-72).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de junio de 2020, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que, al demandante, se le debió reconocer la pensión

de vejez, sobre el IIBL de toda la vida laboral, con una tasa de reemplazo del 90%, reconociéndole como primera mesada pensional, a partir del 15 de julio de 2009, la suma de \$1.985.963,79; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, respecto de las diferencias en la reliquidación de las mesadas causadas antes del 5 de diciembre de 2014; condenó a COLPENSIONES, a reconocer y pagar al señor IVÁN GUTIÉRREZ ISAZA, \$34.083.622 por retroactivo de las diferencias de la reliquidación entre el 05 de diciembre de 2014 y el 31 de mayo de 2020, autorizando descontar lo correspondiente a los aportes a Salud del pensionado; ordenó a COLPENSIONES, pagar al actor, a partir del 01 de junio de 2020, \$2.953.835 de mesada pensional, suma que deberá incrementarse año a año, conforme a la variación del IPC certificada por el DANE; declaró probada la excepción de no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria y no probadas las demás excepciones; absolvió a COLPENSIONES, de las demás pretensiones incoadas en su contra, condenándola al pago de las costas procesales.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, la apoderada de COLPENSIONES y el representante del Ministerio Público, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

COLPENSIONES, alegó que, mediante la resolución GNR 3377240 del 03 de diciembre de 2013, reliquidó la pensión de vejez del demandante, cancelándole el correspondiente retroactivo pensional; que, también por resolución GNR 327159 del 22 de octubre de 2015, en cumplimiento del fallo proferido por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, nuevamente se reajustó la mesada pensional, existiendo cosa juzgada al respecto, siendo esta una decisión inmutable y definitiva

El **MINISTERIO PÚBLICO**, indicó que, debe declararse probada la excepción de cosa juzgada, pues, frente al proceso que se adelantó ante el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, existe identidad de partes, identidad de pretensiones, fue objeto de pretensión el porcentaje de tasa de reemplazo y el IBL de toda la vida laboral e identidad de hechos, ya que, aunque en la presente acción refiera que la tasa de reemplazo es del 90%, hasta antes de presentar la demanda en el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, bien pudo pedir la acumulación de todas las semanas faltantes en su historia laboral, siendo el sustento de una y otra demanda, que COLPENSIONES, no tuvo en cuenta la totalidad de semanas cotizadas; que, si bien la reliquidación de la pensión de vejez, es un derecho imprescriptible, tal argumento no puede ser razón suficiente para desconocer la figura jurídica de la cosa juzgada, que busca hacer interminables las discusiones judiciales, como ocurre en este proceso, donde una misma persona promueve dos, tres demandas, sobre una misma causa; y es que, advirtió el Ministerio Público, el actor, ya obtuvo una reliquidación por sede administrativa, otra por la demanda presentada en el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá y ahora pretende ser beneficiario de un tercer reajuste con

esta demanda, haciendo un uso indebido del derecho de acción; además que, si en el curso de la demanda que se adelantó ante el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, el demandante, solicitó la corrección administrativa de su historia laboral, siendo éste un hecho nuevo, a la luz de lo establecido en el artículo 281 del CGP, bien pudo ser puesto en conocimiento del Juez Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, hasta antes de los alegatos de conclusión, para que éste hubiese decidido de forma definitiva la forma en que se debía liquidar su derecho pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, **COLPENSIONES**, solicitó revocar el fallo de Primera Instancia, insistiendo en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Por su parte, el demandante, alegó que, no se puede considerar que exista una cosa juzgada, por cuanto, y como se indicó en la demanda, no se dan los elementos de ésta, al no existir la identidad de causa, entendida esta como igualdad en las circunstancias fácticas que generan los procesos que se examinan, pues, dentro del expediente en esta ocasión se encuentra acreditado un número mayor de semanas cotizadas de acuerdo con lo indicado por la misma entidad demandada en las historias laborales aportadas al expediente, desvirtuando así la identidad de los hechos que soportan la pretensión, ya que, en este proceso se solicita un porcentaje diferente de tasa de reemplazo, esto es, el 90%, mientras que en el proceso anterior se solicitó el 87%, modificando así el objeto de la demanda, haciendo aún más gaseosa la aplicación de la cosa juzgada; que, el motivo principal para presentar esta demanda corresponde a la inacción evidente de COLPENSIONES, respecto de la actualización de la historia laboral del demandante; anotando que, la última de las citadas revisiones, como se demostró en el expediente, fue realizada mientras se llevaba a cabo el proceso judicial anterior, circunstancia que, de acuerdo con el momento procesal correspondiente, no fue posible adjuntar en su momento, sin que por ello, exista culpa del actor, toda vez que la existencia de dichas semanas sólo pudo ser demostrada por éste después de muchas revisiones de documentos y jornadas de extensa búsqueda.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver los recursos de alzada, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación presentados por la demandada COLPENSIONES y el Ministerio Público, la Sala deberá determinar si resultó acertada la decisión del *a quo*, que ordenó una nueva reliquidación de la pensión de vejez del demandante, con una tasa de reemplazo del 90% y el IBL de toda la vida laboral, o sí, por el contrario, en el presente caso operó la cosa juzgada, frente a la reliquidación pensional que ya

había sido concedida al actor, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en proceso que antecedió.

DE LA INSTITUCIÓN JURIDICA DE LA COSA JUZGADA

Insisten COLPENSIONES y el MINISTERIO PÚBLICO, en que, en el presente caso, operó el fenómeno de la cosa juzgada, pues, ya mediante sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá y confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se había ordenado la reliquidación de la pensión de vejez del demandante, incrementando la tasa de reemplazo a un 87%.

Con el fin de resolver las súplicas de la demandada y el Ministerio Público, forzoso se muestra en primer término para la Sala, remitirse al ordenamiento que regula el asunto, a saber:

Los artículos 303 y 304 del CGP, aplicables por analogía conforme lo establecido por el Legislador en el artículo 145 del CPTSS, establecen al respecto:

“Artículo 303. Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.”

“Artículo 304. Sentencias que no constituyen cosa juzgada. No constituyen cosa juzgada las siguientes sentencias:

- 1. Las que se dicten en procesos de jurisdicción voluntaria, salvo las que por su naturaleza no sean susceptibles de ser modificadas.*
- 2. Las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley.*
- 3. Las que declaren probada una excepción de carácter temporal que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento.”*

Así entonces, para declarar probada la cosa juzgada, se requiere de tres identidades, a saber: *i)* identidad de objeto, *ii)* identidad de causa e *iii)* identidad de partes, constituyendo las dos primeras lo que se ha denominado límites objetivos de la cosa juzgada y la última, límites subjetivos. El requisito de

identidad de sujetos o partes hace relación a que la cosa juzgada debe tener efectos relativos, es decir, limitados a las partes y excluyendo a los terceros. De otra parte, la identidad de objeto hace relación al bien o cosa corporal o incorporal, ya sea de género o especie o estado de hecho, por lo que en la demanda es la pretensión, y la identidad de causa (causa petendi) hace relación con la razón de la pretensión que se ejerce en el proceso, o sea, el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio o razón que invoca el demandante al formular la pretensión de la demanda.

Adicionalmente, frente a los hechos sobrevinientes, el inciso cuarto del artículo 281 del CGP, dispone:

“ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS.

(...)

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio...”

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 14214 del 18 de septiembre de 2000, reiterada entre otras, en las sentencias SL3707 de 2018 y SL4221 de 2020, en relación con los hechos sobrevinientes al proceso, indicó que:

“... en los procesos laborales es aplicable el artículo 305 del CPC en tanto prevé, en casos como el aquí estudiado la obligación del sentenciador de tener en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y allegado regularmente antes de que el expediente entre a despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”.

Así las cosas, los Jueces están en la obligación de tener en cuenta dentro de sus decisiones aquellos hechos sobrevinientes al proceso que puedan impactar los requisitos o supuestos para acceder a las diferentes prestaciones establecidas en la ley, máxime cuando estén relacionados con derechos de índole pensional, ante su carácter mínimo e irrenunciable.

En el presente caso, se encuentra probado que el demandante, presentó el 11 de enero de 2012, demanda ordinaria laboral ante el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá con radicado 11001310503020120004200, contra el entonces INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, para que, entre otras pretensiones, se ordenara *“reliquidar y pagar la pensión de vejez (...) sobre un porcentaje del Ochenta y Siete por ciento (87%) del Ingreso Base de Liquidación de lo cotizado durante toda la vida laboral, según lo señala el literal III del artículo 36 de la Ley 100 de 1993”*; como fundamentos de dicha pretensión, señaló que, el ISS, le reconoció la pensión de vejez, mediante resolución 103438 del 14 de marzo de 2011, conforme a lo establecido en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, liquidando la prestación pensional sobre 1.197 semanas, con una tasa de reemplazo del 84% y tomando como IBL lo cotizado durante los últimos 10 años; no obstante, al incluir a las semanas tradicionales,

el tiempo servido para los empleadores LABORATORIOS CERO LTDA, del 01 al 30 de abril de 1997 y DISPEL LTDA, del 01 de abril de 1998 al 30 de abril de 2006, las cotizaciones ascendían a 1.229 semanas, que le permitían acceder a una tasa de reemplazo de 87% del promedio de lo cotizado durante toda su vida laboral.

Dicho proceso finalizó en Primera Instancia, con sentencia condenatoria proferida el 31 de julio de 2012, donde se condenó “...al demandado *INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES* al reconocimiento, reliquidación y pago de la pensión mensual vitalicia por vejez en favor del señor *IVÁN GUTIÉRREZ ISAZA* en cuantía mensual de \$1.624.190.00, Moneda Corriente, MÁS, el valor que corresponda a cada *DIFERENCIA QUE GENERE LA MENSUALIDAD RELIQUIDADA* mes a mes, por indexación desde su causación *HASTA*, la fecha en que el administrador de Fondos Pensionales deudor demandado realice el pago de la prestación económica de tracto sucesivo aquí demandada; MÁS, los reajustes de orden legal que se generan año a año en materia de mesada pensional, prestación causada a partir del 15 de julio de 2009, junto con las mesadas ordinarias y adicionales correspondientes y las prestaciones asistenciales de que trata el Sistema de Seguridad Social en Salud...”. Decisión confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia del 13 de diciembre de 2012 (fls. 15-21 y 61-69 C.1).

Ahora pretende el actor, a través de esta acción, interpuesta ante el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de enero de 2019 (fl. 25 C.1), en contra de la *ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*, que, se declare que tiene derecho a que su pensión de vejez sea reliquidada, teniendo en cuenta lo cotizado durante toda su vida laboral, por tener más de 1250 semanas, con un total del 90% del IBL, pues, “10. Durante el curso del proceso laboral el demandante inició trámite administrativo ante Colpensiones con el fin de corregir su historia laboral. 11. Dicha corrección arrojó un valor total de 1321 semanas. 12. El demandante sustentó esta petición de corrección de semanas por haber encontrado soportes que le permitieran demostrar que había laborado estos tiempos. 13. Dichas solicitudes fueron resueltas con posterioridad al momento de proferir la sentencia de primera instancia dentro del proceso antes citado” (fls. 3-4 C.1).

Teniendo en cuenta lo anterior, la primera exigencia referida a la *identidad de partes*, se encuentra plenamente satisfecha, pues la sentencia del 31 de julio de 2012 proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral con radicado 1100130503020120004200, involucró como sujetos procesales al señor *IVÁN GUTIÉRREZ ISAZA*, en su condición de demandante y, al entonces *INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES* hoy *COLPENSIONES*, como demandado, como igualmente ocurre en este asunto.

Frente a la *identidad en el objeto*, que de vieja data la Corte Suprema la ha identificado con las pretensiones o declaraciones que se reclaman de la Justicia, claro es para la Sala, que, en ambos procesos, el demandante, reclamó la reliquidación de su pensión de vejez, pues, en su historia laboral no se contabilizó de forma correcta la totalidad de semanas cotizadas; y en relación con la

identidad de causa que se ha entendido como la razón por la cual se demandó, aunque el actor, ante el JUZGADO TREINTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, alegó que a las semanas tradicionales reportadas por el ISS, debía sumarse el tiempo laborado con el empleador LABORATORIOS CERO LTDA, del 01 al 30 de abril de 1997 y DISPEL LTDA, del 01 de abril de 1998 al 30 de abril de 2006, para obtener un total de 1.229 semanas, que le permitían acceder a una tasa de reemplazo del 87%; y ahora, solicita que se aplique una tasa de reemplazo del 90% y un IBL sobre toda la vida laboral, teniendo en cuenta el ajuste efectuado por COLPENSIONES a su historia laboral, según solicitud de corrección, que no fue resuelta en el curso de la anterior demanda, y que determinó como total de semanas cotizadas 1.321,14; lo cierto es que, verificado el expediente administrativo obrante en el CD de folio 7, del expediente, encuentra la Sala, que, el 24 de octubre de 2016, el señor IVÁN GUTIÉRREZ ISAZA, presentó ante COLPENSIONES, formulario de corrección de historia laboral, para que *“...se reporte el tiempo laborado con el emperador (sic) “PUBLICACIONES CÚSPIDE LTDA” en el periodo comprendido entre el 01 de Enero de 1994 y el mes de Junio de 1994. Lo anterior, teniendo en cuenta que en el periodo anteriormente relacionada me encontraba incluido en la nómina de empleados de la empresa “PUBLICACIONES CÚSPIDE LTDA”, y como consecuencia de un error administrativo los aportes fueron realizados con un número de afiliación incorrecto”;* a lo que COLPENSIONES, respondió que, *“...el aportante PUBLICACIONES CUSPIDE LTDA, únicamente realizó cotizaciones en los ciclos 198907 a 199012, 199206 a 199404, tal como se muestra en el reporte de su historia laboral. Ahora bien, en los periodos 199101 a 199205, dicha empresa no efectuó ninguna cotización en el Sistema General de Seguridad Social”*

Por lo tanto, para la Sala, que, las cotizaciones del empleador PUBLICACIONES CÚSPIDE LTDA, correspondientes a los ciclos 1992/06/24 y 1994/04/30, sólo se hayan incluido en la historia laboral del demandante, con posterioridad al año 2016, cuando éste solicitó la corrección de su historia laboral, y aportó la correspondiente planilla de aportes, no puede considerarse un hecho nuevo o sobreviniente, distinto a los que justificaron el proceso primigenio; todo lo contrario, se trata de un hecho pasado, que bien pudo el actor, aun sin la prueba documental correspondiente, poner en conocimiento del Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, para que en el curso del litigio que allí se adelantó, se hubiese determinado si debía ser tenido en cuenta o no para efectos de la reliquidación pensional reclamada. Mal puede ahora el demandante, valiéndose de su propia omisión (*Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*), y reconociendo que tenía en su poder la prueba de estos aportes, pretender que nuevamente la Jurisdicción Ordinaria Laboral se pronuncie respecto de una controversia que ya se encuentra zanjada, comoquiera que, ya se debatió y definido por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, el total de semanas cotizadas por el actor, la tasa de reemplazo y el IBL con el que COLPENSIONES, debía reajustar el derecho pensional.

Nótese que, cuando una sentencia hace tránsito a cosa juzgada material la decisión adoptada es inmutable, goza de certeza, de manera que sus efectos son obligatorios y permanentes no sólo frente a quien la profirió, sino frente a los demás órganos investidos de jurisdicción, los que ante un nuevo litigio sobre el

mismo asunto y entre las mismas partes no puede proferir una nueva declaración, porque de ser así, las relaciones jurídicas jamás alcanzarían certeza, los derechos de los ciudadanos se mantendrían en incertidumbre, e inestabilidad, lo que va en contra del orden público y la paz social; de ahí que, se reitera, frente a la reliquidación de la pensión de vejez que ya se encuentra definida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, no resulta viable emitir un nuevo pronunciamiento, sustentado en omisiones y pruebas constituidas por el mismo actor, cuando éste ya tuvo la oportunidad de poner en conocimiento de la Jurisdicción, todas sus inconformidades relacionadas con su historia laboral.

Conforme con lo expuesto, no existe duda que en el caso de autos opera el fenómeno jurídico de la cosa juzgada, toda vez que tal como quedó demostrado, existe identidad de partes entre el proceso tramitado en el Juzgado Treinta Laboral de este Circuito y el que cursó ante el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de otra parte existe también identidad de objeto pues ambos juicios se orientaron al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez, y frente a la causa alegada, los hechos que se oponen en este litigio referidos a la inclusión de nuevas semanas cotizadas, ya fueron debatidos ante el Juzgado Treinta Laboral de este Circuito que emitió decisión de fondo el 31 de julio de 2012, sentencia confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral mediante providencia de 13 de diciembre de 2012, y que a la fecha se encuentra debidamente ejecutoriada; razón por la cual se revocará la sentencia apelada, para en su lugar, declarar probada la excepción de cosa juzgada propuesta por COLPENSIONES y el Ministerio Público.

Sin costas en la alzada. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo del demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, proferida el 10 de junio de 2020, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá; para en su lugar, **DECLARAR PROBADA** la excepción de cosa juzgada propuesta por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y el **MINISTERIO PÚBLICO**, conforme a la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en la alzada. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105029201900086-02

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Contrato de trabajo – Contrato Realidad – Prestaciones Sociales – Indemnización por Despido sin justa causa – Prescripción.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada, en contra de la sentencia proferida el 19 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JEIMY PAOLA BOHÓRQUEZ TUNJUELO** en contra de la **AGRUPACIÓN DE VIVIENDA CANDELARIA LA NUEVA II SECTOR II ETAPA**.

ANTECEDENTES

JEIMY PAOLA BOHÓRQUEZ TUNJUELO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la AGRUPACIÓN DE VIVIENDA CANDELARIA LA NUEVA II SECTOR II ETAPA, para que, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo con la demandada, entre el 12 de junio de 2006 y el 01 de febrero de 2016, que terminó de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador, se condenara a ésta, al pago de la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, prima de servicios, vacaciones, cesantías, auxilio de transporte, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, por todo el tiempo laborado, la sanción por el no pago de los aportes a la Seguridad Social, los intereses de las obligaciones condenadas, junto con la indexación de dichas sumas, lo ultra y extra petita, así como las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 12 de junio de 2006, se vinculó con la AGRUPACION DE VIVIENDA CANDELARIA LA NUEVA II SECTOR II ETAPA, mediante contrato verbal de trabajo, a término indefinido, para cumplir el cargo de administradora de la copropiedad, desempeñando funciones secretariales y administrativas, pues, debía realizar las tareas de apertura de la oficina, atención a los

residentes de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 12:00 p.m. y de 4:00 p.m. a 8:00 p.m. y los sábados de 8:00 a.m. a 1:00 p.m., además manejaba el personal de vigilancia y mantenimiento, recaudaba sumas de dinero por concepto de expensas comunes y ordinarias de la administración, diligenciaba los libros y debía atender las órdenes impartidas por el Presidente, tesorero y fiscal del Consejo de Administración.

Refirió que, a los 6 meses de vigencia de la relación laboral, le hicieron firmar un contrato de prestación de servicios; que, de forma sucesiva e ininterrumpida a partir del 01 de febrero de 2007, tuvo que suscribir cada 6 meses, esa modalidad contractual; que, la demandada, le exigía para garantizar su continuidad en el cargo, cancelar de su peculio, los aportes al Sistema de Seguridad Social; que, el 01 de mayo de 2011, tuvo que solicitar un permiso por escrito para retirarse de su lugar de trabajo, a atender una calamidad doméstica, como fue requerido por el entonces Presidente del Consejo de Administración, señor Ernesto Viasus Cristancho; que, igualmente el 13 de julio de 2011, solicitó una licencia por 6 días, entre el 16 y 23 de julio de 2011, que fue concedida por el señor Luis Hernando Cubillos, en calidad de tesorero de la Copropiedad.

Indicó que, a lo largo de la relación laboral suscribió 14 contratos de prestación de servicios con la demandada, pactando como remuneración para 2006 \$411.000, para 2007 y 2008 \$439.000, para 2009 \$487.778, para 2010 \$517.500, para 2011 \$548.350, para 2012 \$580.200, para 2013 \$691.330, para 2014 \$876.969 y para 2015 \$918.000; que, el 02 de diciembre de 2015, el presidente del Consejo le informó que su contrato culminaría el 01 de febrero de 2016.

Que, ni en vigencia de la relación laboral, ni a su finalización le fueron canceladas prestaciones sociales, ni aportes al Sistema Integral de Seguridad Social. (fls. 42-57 y 60-61 Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **AGRUPACIÓN DE VIVIENDA CANDELARIA LA NUEVA II SECTOR II ETAPA**, presentó oportunamente escrito de contestación, se opuso a las pretensiones y negó la mayoría de los hechos de la demanda, salvo los relacionados con la suscripción de los contratos de prestación de servicios con la demandante y el no pago de prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social, que sí aceptó; en su defensa argumentó que, la vinculación de la actora, se dio por contrato de prestación de servicios, sin que existiera ningún vínculo laboral, pues, aunque la Copropiedad tenía fijado un horario para la atención a los residentes, éste no fue una imposición a la actora, tampoco se encontraba supeditada a órdenes, sino a solicitudes de trabajos puntuales, para el buen servicio a la comunidad; que, la señora Jeimy Paola Bohórquez Tunjuelo, no era una trabajadora, sino contratista de la Propiedad Horizontal y tenía contraprestación por el servicio brindado. Propuso la excepción previa de cláusula compromisoria, que, dentro de la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, celebrada el 06 de octubre de 2020, determinó la *a quo*, no podía resolverse por estar en discusión la naturaleza de la relación

contractual entre las partes (Archivos 02 y 03); decisión, que confirmó esta Sala, en proveído del 31 de marzo de 2022 (Archivo 15).

También formuló las excepciones de mérito que denominó, prescripción, inexistencia de los elementos esenciales de un contrato de trabajo, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la genérica (fls. 104-119 Archivo 01).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de agosto de 2022, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de una relación laboral entre las partes, mediante contrato a término indefinido, del 12 de junio de 2006 al 01 de febrero de 2016, devengando la actora como último salario la suma de \$1.836.000; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 01 de febrero de 2015 y de las vacaciones del 01 de febrero de 2014 hacia atrás; condenó a la AGRUPACIÓN DE VIVIENDA CANDELARIA LA NUEVA II SECTOR II ETAPA, a reconocer y pagar a la demandante, el auxilio de cesantías, que declaró no prescrito, los intereses sobre las cesantías, primas de servicio, vacaciones y la suma de \$11.934.000 por concepto de indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa; absolvió a la demandada, de las demás pretensiones y le impuso el pago de las costas y agencias en derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de apelación, argumentando que, dentro del proceso, no se demostró la subordinación de la actora, y en todo caso, el mismo se encuentra prescrito; que, la Juez de Primer Grado, concluyó que la demanda fue presentada el 31 de enero de 2019 y que la terminación del contrato se llevó a cabo el 01 de febrero de 2016, todas las prestaciones sociales y demás emolumentos a que se condenó a la demandada, solo podrían contarse desde el último año, es decir, a partir del 01 de febrero de 2018; que, no comparte la decisión relacionada con la imprescriptibilidad del auxilio de cesantías; que, la sanción por despido sin justa causa, no tuvo en cuenta que existe la autonomía de la voluntad, por lo que, sencillamente una de las partes decidió no continuar con el contrato, sin que la demandante, se opusiera a dicha decisión, ni realizara requerimiento alguno; que, frente al contrato realidad y la afirmación de la *a quo*, respecto a que no se desvirtuó la subordinación, no es cierta, pues, mal pueden confundirse las directrices con la emisión de órdenes, tampoco el cumplimiento de un horario para la atención al público, puede considerarse una imposición, sino de un acuerdo para la prestación del servicio, que podía ser aceptado, rechazado o modificado por la actora; que, dentro del material probatorio, no se advierte la imposición de un horario, solo existe una circular que fija las horas de atención al público; que, las pruebas documentales no fueron debidamente valoradas, pues, aunque presuntamente existe una comunicación mediante la cual la demandante, solicitó un permiso, por ser una prueba elaborada

por la propia actora, sin embargo, cuando el testigo Luis Hernando Cubillos, manifestó que en aquella oportunidad, se contestó con un aceptado, pero que, dicho término no se refería al permiso, como tal, sino al recibo del correo, lo que no puede conllevar a concluir que se trató de un permiso y que el mismo fue concedido por el empleador.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, la parte demandada, solicitó revocar la decisión de Primera Instancia y negar las pretensiones de la demanda, insistiendo en que, las funciones de un consejo de administración no pueden ser confundidas con la imposición de órdenes, razón por la que en este tipo de cargos gerenciales no es dable por su naturaleza, establecer una subordinación como uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, ya que se insiste, este tipo de cargos de gerencia y dirección debe estar supeditada a un horario de atención presencial de los residentes de la copropiedad y el seguimiento de las directrices establecidas no solo por un consejo de administración, sino por un Reglamento de Propiedad Horizontal y una asamblea general de Propietarios; que, no comparte el argumento de la imprescriptibilidad de las cesantías, más aún cuando la Juez de Primer Grado, habló de una jurisprudencia, que no identificó, y que nunca podrá derogar o modificar la ley; que, no hay lugar al pago de indemnización por despido sin justa causa, ya que, el contrato se dio por terminado por expiración del plazo pactado; que, no entiende porque la Juez de Primer Grado, impuso condena por prestaciones sociales, cuando toda obligación causada desde el 31 de diciembre de 2015 hacia atrás, se encontraba prescrita.

La demandante, por su parte, pidió mantener la decisión adoptada por la *a quo*, teniendo en cuenta que el fallo emitido por ésta, se encuentra apegado en derecho y contradice lo manifestado por la parte pasiva, ya que, dentro del proceso se probó la subordinación de la actora, como administradora frente a los miembros del consejo, siendo ellos quienes dictaban los deberes y daban las órdenes de cómo se debían realizar las actividades, contratos, horarios laborales, dejando a un lado la autonomía del administrador en ejercicio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala, a resolver el recurso de alzada, previa las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado la demandada, la Sala deberá determinar, si la prestación personal de los servicios de la demandante al Conjunto Residencial demandado como administradora, lo fueron por virtud de contratos de prestación de servicios, como lo aduce la demandada, y por tanto deben ser revocadas las condenas, o si por el contrario, se trató de un verdadero

contrato de trabajo como lo concluyó la *a quo*, procediendo el pago de las acreencias ordenadas.

DEL CONTRATO REALIDAD Y DEL CONTRAJO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO

Insiste la parte demandada, en que la actora, no sostuvo una relación de trabajo con la demandante, sino que, la labor desempeñada por ésta como administradora del AGRUPACIÓN DE VIVIENDA CANDELARIA LA NUEVA II SECTOR II ETAPA, lo fue a través de varios contratos de prestación de servicios, sin que en ellos estuviera presente la subordinación propia de un contrato de trabajo.

El Código Sustantivo de Trabajo, artículo 22, define el contrato de trabajo como: *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: *a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario como retribución del servicio.*

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, la demostración de la prestación continua del servicio, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador».”* (CSJ SL362 de 2018).

De tal suerte, dado que, en el presente asunto, se encuentran debidamente probados los servicios personales que prestó la promotora de esta actuación a la AGRUPACIÓN DE VIVIENDA CANDELARIA LA NUEVA II SECTOR II ETAPA, como administradora y que por tales servicios se le retribuía económicamente bajo la denominación de honorarios, correspondía a la demandada la carga de la prueba tendiente a desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST.

Al respecto, al plenario se allegaron como pruebas los contratos de prestación de servicios, suscritos entre las partes, desde el 01 de febrero de 2007 y hasta el 02 de febrero de 2015, pactados entre el 2007 y el 2012, por el término de 6 meses y a partir del año 2013 , por 12 meses y en los cuales se estipuló como objeto que, *“EL CONTRATISTA en su calidad de administrador de la Agrupación en mención se obliga para con el CONTRATANTE a ejecutar los trabajos y demás actividades propias del servicio contratado el cual debe realizar de conformidad con las condiciones y cláusulas adicionales al presente documento. Como son: apertura de la sede de administración y cierre de la misma, atender a los copropietarios de la Agrupación de Vivienda Candelaria La Nueva II Sector II Etapa, estar pendiente del pago de las cuotas de administración, entre otras”*. También acodaron los contratantes, en la cláusula décima, de los contratos en mención, *“DÉCIMA. Exclusión de la relación laboral. - Queda claramente entendido que no existirá relación laboral entre el CONTRATANTE y el CONTRATISTA o el personal que este utilice en la ejecución del objeto del presente contrato”* (fls. 7-38 archivo 01).

Igualmente, se aportó certificación expedida por la demandada, donde consta que, *“JEIMY PAOLA BOHORQUEZ TUNJUELO, (...) prestó sus servicios como ADMINISTRADORA DE LA AGRUPACIÓN, desempeñando funciones secretariales y administrativas; desde el 12 de junio de 2006, siendo su última Cuenta de Cobro por Prestación de Servicios hasta el 31 de Enero de 2007, sin que esto genere relación laboral entre las partes”* (fls. 40-41 Archivo 01); escritos dirigidos por la actora al Consejo de Administración de la demandada, del 01 de mayo de 2011, con firma de recibido del 03 de junio de 2011 mediante el cual solicitó *“permiso para el Martes 07 de Junio del presente año, debido a una calamidad doméstica”* (fl. 25 Archivo 01); del 13 de julio de 2011, recibido el 14 del mismo mes y año, a través del cual la actora, pide *“permiso o licencia por 6 días a partir del día Sábado 16 hasta el Sábado 23 de Julio del presente año”*, con la anotación *“Aceptamos (sic) del sábado al domingo 24 de julio de 2011 Aceptado (sic)”*, firmada por Tesorero, Fiscal, Presidente y Vicepresidente del Consejo de Administración de la demandada (fl. 26 Archivo 01); del 19 de junio de 2012, *“solicitando permiso para el día Lunes 22 de Junio del presente año por motivos personales”*; comunicaciones enviadas por el Presidente del Consejo de Administración de la demandada, recibidas por la demandante, una, el 23 de mayo de 2014, informándole *“que el horario de atención de la oficina de Administración es de Lunes a Viernes de 8:00 a.m. A 12:00 m y de 4:00 p.m. A 8:00 p.m. y Sábado de 8:00 a.m. A 1:00 p.m.”* (fl. 36 Archivo 01); y, la otra, del 02 de diciembre de 2015, donde se le notificó *“que su contrato cuya vigencia está desde el 02 de febrero de 2015 culmina el 01 de febrero de 2016”* (fl. 39 Archivo 01).

Dentro del curso del proceso, al absolver interrogatorio de parte, la representante legal de la demandada, dijo no tener conocimiento que la demandante, cumpliera un horario, pero sí que la Agrupación, tiene dispuesto un horario de atención al público, que corresponde a la función desempeñada por los administradores de Propiedad Horizontal; que, el Consejo de Administración, no impone, ni exige un horario, sino que la atención a los usuarios, es una de las funciones propias del cargo de administrador en una Copropiedad; que, es el administrador quien le informa al Consejo, cuál puede ser el horario; desconoce las funciones que desempeñó por la actora, sin

embargo, en los contratos suscritos por ésta, se dice que son las funciones propias de la Ley 675 de 200; que, la actora, suscribió con la demandada, más de 10 contratos, algunos de ellos por 6 meses; que, como se evidencia en el expediente, la actora, en alguna oportunidad, elaboró un documento informándole al Consejo de Administración, de la demandada, que se iba a ausentar, sin que esto sea una obligación, sino una formalidad que también se tiene con los guardas de seguridad e incluso con los propietarios.

Por su parte la demandante, informó que, estuvo vinculada con la demandada desde el 12 de junio de 2006 hasta el 01 de febrero de 2016; que, inicialmente su contrato fue verbal, luego le hicieron un contrato escrito, donde tenía unas funciones explícitas, adicionales a las reguladas en la Ley 675 de 2001, que durante los 9 años y medio que trabajó para la demandada, con cada contrato que suscribía, le informaban el horario que tenía que cumplir; que, era subordinada, por la persona que ejerciera como presidente del Consejo de Administración, cumplía horario y recibía una compensación; que, si bien la Ley 675 de 2011, de Propiedad Horizontal, habla de la autonomía de los administradores, teniendo en cuenta el Reglamento de la propiedad, también recibía órdenes del presidente, el tesorero, el fiscal, debiendo atender los requerimientos de todos; que, le exigían un horario, porque siempre el presidente o el tesorero la estaban esperando en la oficina de la administración, quienes la recriminaban, sin llegaba tarde, que, si se le presentaba una calamidad, siempre tenía que manifestarlo por escrito, debiendo pasar por una serie de filtros, ya que, primero debía hablar con el Presidente del Consejo, pedirle autorización al Fiscal o consultarlo con los demás miembros del Consejo y además, le decían que podía compensar el tiempo; que, aparte de su programación de labores en la copropiedad, le pedían que hiciera de una forma determinada los recibos o que pagara los servicios, como ellos le indicara, *“todo era bajo las órdenes de ellos, yo nunca tuve autonomía, siempre era todo consultado por ellos y ellos eran los que me direccionaban”*; que, como administradora de la copropiedad, no podía celebrar acuerdos de pago con los propietarios, sino que primero debía pedir permiso al presidente del Consejo, para saber si podía o no hacerlo, lo mismo que con la asignación de vehículos, que no podía ubicar o rotar, sin la autorización del presidente de turno y la elaboración de recibos y pago de facturas, no era una labor autónoma, sino que debía ser supervisada por el presidente o tesorero en ese tiempo; que, el personal de aseo y vigilancia estaba tercerizado; que, en algunas oportunidades los miembros del Consejo de Administración, no se dirigían a ella, sino que le daban instrucciones directamente al personal de aseo; que, ella no elaboraba los paz y salvos de los contratos de prestación de servicios, sino que se los pasaba el presidente del Consejo, para que los firmara, pero no recuerda lo que decían; que, el pago de sus honorarios era quincenal, en efectivo, se los entregaban en la oficina de administración.

También declararon en el proceso MARIA AURORA ARAGÓN RAMÍREZ, indicó que, conoce a la demandante, porque trabajo con ella, durante 4 años, en la AGRUPACION DE VIVIENDA CANDELARIA LA NUEVA II SECTOR II ETAPA, entre los años 2011 y 2016, donde se desempeñó como auxiliar de servicios generales; no recuerda si la contrató la demandante o *“el señor Cubillos”*, quien ejercía como presidente del Consejo de Administración, en ese momento; que, la actora, era la administradora, prestaba los servicios en una oficina, cerca de

la portería del Conjunto; que, la demandante, laboraba de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 12:00 p.m., y de 4:00 p.m. a 8:00 p.m. y los sábados de 8:00 a.m. a 1:00 p.m.; que, como auxiliar de servicios generales, en algunas oportunidades la demandante le impartía las órdenes o también lo hacían las personas que integraban el Consejo de Administración; que, los implementos de aseo, le eran entregados por la demandante, pero el salario se lo cancelaban dos representantes del Consejo de Administración, en presencia de la administradora, que, reunían al personal en la oficina de administración los días 15 y 30 de cada meses, los hacían firman unos recibos que les entregaba la actora y ahí si les daban el pago; que, la testigo presencié cuando dos miembros del Consejo de Administración *“don Cubillos o don Viasus, cualquiera de las personas que fuera de la administración, pero específicamente siempre estaba ellos dos ahí”*, le exigían a la demandante, el cumplimiento del horario, tanto de ella, como del personal de aseo, además le decían que debía estar pendiente de cómo hacían la limpieza y que tenía que subir y comprobar que se hiciera el aseo, además de estar pendiente de las cosas que se compraban para el Conjunto y de los dineros, los parqueaderos y los celadores; que, como auxiliar de servicios generales, la testigo también recibió órdenes de *“el señor VIASUS, la señora NANCY, las personas que estuvieran en ese momento en la Administración, el señor Cubillos en alguno momento nos llamó la atención, porque quería que hiciéramos el aseo de equis manera y, bueno, se supone que recibíamos órdenes de la señora Jeimy Paola, pero en ese tiempo siempre fue así, siempre una o dos personas diciendo lo que nosotros teníamos que hacer”*; desconoce cuál era el valor del pago recibido por la demandante, sin embargo, afirmó que, *“don Cubillos”*, era quien siempre les pagaba y lo hacían en efectivo; que, la actora, no tenía autonomía en su cargo como administradora *“siempre tuvo órdenes de otras personas, nunca tuvo autonomía porque todo lo que se hacía todo tocaba pedir permiso (...) siempre la vi que le daban órdenes, yo nunca la vi tomar una decisión propia, si yo en algún momento le pedí un permiso, ella me dijo si claro pásalo por escrito espere a ver qué decide la Junta Administradora, si ella hubiera tenido autonomía lo hubiera hecho de una vez”*; que, cuando se hacía alguna actividad en el Conjunto, como el día de los niños o de las madres, la actora, siempre recibía órdenes de cómo se iba a hacer, a qué hora y dónde; que, la testigo tuvo conocimiento de esos hechos, porque además de presenciarlos, en algunas oportunidades, como el espacio donde almorzaba el personal de aseo era contiguo a la oficina de administración, ella escuchaba, cuando en voz alta, generalmente los señores Cubillos o Viasus, le exigían a la demandante, el cumplimiento del horario de trabajo.

LUIS HERNANDO CUBILLOS RINCÓN, dijo conocer a la demandante, porque fue administradora del Conjunto residencial AGRUPACION DE VIVIENDA CANDELARIA LA NUEVA II SECTOR II ETAPA; que, el testigo hizo parte del Consejo de Administración de la Copropiedad entre los años 2008 a 2010 u 2011 y del 2015 a 2017; que, la actora, fue contratada por prestación de servicios y trabajaba dentro del horario propuesto por ella misma para trabajar, que era por atención al público, todos los días de 8:00 a.m. a 12:00 p.m. y de 4:00 p.m. a 8:00 p.m. y los sábados de 8:00 a.m. a 12:00 p.m.; que, las funciones dentro de ese horario era recolectar los dineros de pago de la administración, manejaba la celaduría, parqueaderos, los aseadores; que, los honorarios se le cancelaban cada 15 días, el testigo, como tesorero y el presidente le hacían el pago respectivo, en efectivo, previa presentación de cuenta de cobro; que, la actora, debía presentarles el recibo de pago del servicio

de salud; que, la actora, *“cuando podía venía cuando no podía no venía, llamaba al señor presidente y le informaba que tenía una calamidad doméstica y eso era lo que hacía ella, no más”*; que la demandante, para el servicio de aseo y celaduría, recibía las hojas de vida, se las presentaba al Consejo y éste decidía a quiénes se nombraba; que las órdenes a los celadores y el servicio de aseo las daba la demandante, porque los miembros del Consejo no permanecían en el Conjunto; que, a la demandante, se le terminó el contrato y se le informó con anticipación de esa decisión; que, la demandante, llegó como administradora de la Agrupación, aproximadamente en el 2006, y que, cuando el declarante, participó en el Consejo de Administración, se le siguieron haciendo los mismos contratos que había suscrito con anterioridad; indicó que, como integrante consejero, no le impartió órdenes de la demandante, porque, él salía desde muy temprano a trabajar y su horario no le permitía estar en la Administración, porque salía a las 4:00 a.m. y regresaba a las 5:00 p.m., entonces *“no sabía qué pasaba con la señorita Jeimy”*; que, el testigo siempre ocupó el cargo de tesorero, entonces los primeros años, como el dinero entraban en efectivo, él y la actora, se reunían y al otro día él iba a consignar; cuando comenzaron a hacer transferencias, se reunían 1 o 2 veces al mes para revisar lo que entraba, que ya era muy poco; que, él y la actora eran las personas que firmaban los cheques; que, el Consejo de Administración, se reunía cada 15 días y *“había unas órdenes, entonces el Consejo hacía unas directrices para que la señorita administradora las cumpliera”*, se designaba a un consejero, para que al día siguiente, le comunicara a la actora las decisiones tomadas por el Consejo, aunque de vez en cuando, para fechas especiales, como el día de los niños, la actora, también estaba presente en las reuniones del Consejo; que, la actora elaboraba los paz y salvos por sus honorarios y cada mes de los firmaba el Consejo; que, sólo en una oportunidad, la actora le solicitó al Consejo de Administración, por escrito, una ausencia por calamidad por 6 o 7 días, documento que fue firmado por las personas que estaban en la oficina ese día, *“no fue permiso, ella pasó un escrito, que tenía una calamidad y que se tenía que ausentar y por nosotros no hubo ningún problema, ella nunca pidió un permiso”*; que, en dos periodos en que el testigo, estuvo en el Consejo de Administración, a la demandante, no se le hicieron llamados de atención; que, en ningún momento la actora, hizo alguna reclamación; que, la relación con la demandante, fue muy cordial y no le consta que ésta haya tenido ningún altercado con el entonces Presidente Ernesto Viasus Cristancho.

Teniendo en cuenta lo anterior, analizados en su conjunto la prueba tanto documental como declarativa recaudada en el curso del proceso, advierte la Sala, que, con independencia de la modalidad de la vinculación, la actora, siempre estuvo sujeta al cumplimiento de un horario y a la ejecución de las actividades bajo las instrucciones directas de los integrantes del Consejo de Administración de la Propiedad Horizontal demandada, al punto que ésta no podía desempeñar sus labores como administradora de manera autónoma, en los términos del artículo 51 de la Ley 675 de 2001, sino que cualquier decisión a su cargo, como la suscripción de un acuerdo de pago con los copropietarios, la asignación o reubicación de un parqueadero y el manejo de personal de aseo, debía ser previamente consultado con ellos, quienes ejercían su poder subordinante sobre ésta, llegando incluso, en caso de ausencia de la actora, a exigirle tramitar un permiso con antelación, además de reponer el tiempo en que no estuviera presente en la Copropiedad; situaciones estas que, desvirtúan la alegada independencia y autonomía de

la contratista pactada en los documentos de carácter contractual civil (fls. 07-38 Archivo 01); y sin que la presentación de cuentas de cobro o la falta de reclamo de los derechos laborales, en vigencia de la relación contractual, resulten suficientes para desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST; resultando acertada la decisión de la Juez de Primer Grado, en cuanto declaró la existencia de un contrato de trabajo, a término indefinido, entre las partes, por lo que, se confirmará la sentencia apelada en este sentido.

DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Aunque afirma la demandada, que, la Juez de Primer Grado, no tuvo en cuenta la autonomía de la voluntad, que rige en los contratos civiles donde sencillamente una las partes decidió no continuar con el mismo; lo cierto es que, habiéndose demostrado la existencia de un contrato de trabajo, y la terminación del mismo, por decisión unilateral del empleador y sin una causa que justificara tal determinación, sumado al incumplimiento en el pago de las obligaciones a cargo de la empleadora, resulta procedente la condena impuesta a la demandada, por este concepto.

DE LA EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN

Otra de las inconformidades de la apelación, radica en la prescripción de los derechos laborales reconocidos a favor de la demandante, insistiendo en que se debe aplicar el fenómeno de la prescripción al auxilio de cesantías, y que, toda obligación causada antes del 31 de diciembre de 2015, se encontraba prescrita.

En aras de dilucidar el asunto, la Sala se remite al ordenamiento que regula el fenómeno jurídico de la prescripción en materia laboral, cual es el Título II, Capítulo I del Código Sustantivo del Trabajo que frente a la prescripción de acciones enseña:

“ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

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

A su vez, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por la Ley 712 de 2001, prevé en su artículo 151, lo siguiente:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

Finalmente, el artículo 94 del Código General del Proceso, en lo pertinente establece:

“ARTÍCULO 94. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.

La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación...”

De la normatividad en cita es dable concluir que en el ámbito laboral existe norma que gobierna el fenómeno prescriptivo fijándolo en tres años, término que no causa ninguna confusión y por el contrario lo que genera es seguridad jurídica, tal como lo señalara la Corte Constitucional en sentencias C-072 de 1994 y C-916 de 2010, en las que al ocuparse de la exequibilidad de los artículos 151 del CPT y SS y 488 del CST, precisó el porqué de la conveniencia de las prescripciones de corto plazo en materia laboral y la inaplicabilidad de la remisión analógica a otros ordenamientos en el aspecto del término estatuido por el legislador, sin embargo, tratándose de la presentación de la demanda, toda vez que nada dice la norma laboral, en aplicación analógica contemplada en el artículo 145 del estatuto procedimental laboral es por lo que debe acudirse forzosamente al Código General del Proceso.

En tratándose de vacaciones, debe recordarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con los artículos 187 y 488 del CST, ha sostenido que *«... una vez causadas las vacaciones, corre un periodo de gracia de un año durante el cual el empleador debe señalar su época de disfrute “de oficio o a petición del trabajador”; lo que significa que al finalizar dicho lapso el derecho es exigible»* (CSJ SL467-2019, SL3345-2021); y, respecto a las cesantías, éstas solo resultan exigibles a la terminación del contrato de trabajo, calenda en la que comienza a correr el lapso trienal, al tenor de lo explicado en la sentencia CSJ SL2169 de 2019 en la que se dijo que, *“... el término de prescripción para la reclamación del auxilio de cesantía se empieza a contar a partir del día siguiente a la terminación del contrato”*.

Así las cosas, claro es para la Sala, que, habiendo finalizado el vínculo laboral entre las partes, el 01 de febrero de 2016, la demandante, contaba con 3 años, a partir de esa fecha, esto es, hasta el 01 de febrero de 2019, para reclamar los derechos laborales que consideraba se encontraban pendientes de pago por parte de su empleador; y, conforme al acta de reparto visible a folio 58 del archivo 01 del expediente digital, esta demanda se presentó el 31 de enero de 2019, es decir, dentro del término trienal previsto en el artículo 488 del CST, en concordancia con el 151 del CPTSS.

Por lo tanto, frente al auxilio de cesantías, como se advierte en la jurisprudencia citada, éste no prescribió, pues, sólo se hizo exigibles a la terminación del vínculo laboral.

En cuanto a las primas de servicios e intereses a las cesantías, se encuentra prescritas las causadas con anterioridad al 31 de enero de 2016, por lo que, se modificará la sentencia apelada, en este sentido; no así respecto a las vacaciones, teniendo en cuenta que las mismas se causaban los días 12 de junio de cada año, por lo tanto, resulta procedente el pago en los términos ordenados por la Juez de Primer Grado, ya que, las vacaciones correspondientes al 2014, podían hacerse efectivas hasta el 12 de junio de 2015; las del año 2015 hasta el 01 de febrero de 2016, fecha de terminación del vínculo laboral y las correspondiente a la fracción del año 2016, también debían ser canceladas a la terminación de la relación de trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior, se modificará parcialmente el ordinal tercero de la sentencia apelada, sólo en relación con el valor de los intereses a las cesantías y prima de servicios, para en su lugar, condenar a la demandada AGRUPACIÓN DE VIVIENDA CANDELARIA LA NUEVA II SECTOR II ETAPA, al pago de las siguientes sumas y conceptos:

- a. Por intereses sobre las cesantías, la suma de \$1.740.00=
- b. Por prima de servicios, la suma de \$163.200.00=

Teniendo en cuenta lo anterior, también se confirmará la sentencia apelada, en este sentido.

Sin costas en la alzada. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el ordinal tercero la sentencia proferida el 19 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a la AGRUPACIÓN DE VIVIENDA CANDELARIA LA NUEVA II SECTOR II ETAPA, a cancelar a la demandante JEIMY PAOLA BOHORQUEZ TUNJUELO las siguientes sumas:

- a. \$1.740.00= por intereses sobre las cesantías
- b. \$163.200.00= por prima de servicios.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin COSTAS en la alzada. Se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
SALVO VOTO



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105004202100121-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Contrato de trabajo – Aportes Sistema General de Pensiones No Cotizados por Empleador- No Cobertura ISS.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada, en contra de la sentencia proferida el 06 de junio de 2022, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CARLOS JULIO DURÁN VACA, MIGUEL ÁNGEL ROJAS SALAMANCA** y **EVELIO LEAL** en contra de **INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

CARLOS JULIO DURÁN VACA, MIGUEL ÁNGEL ROJAS SALAMANCA y EVELIO LEAL, promovieron demanda ordinaria laboral en contra de INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN y COLPENSIONES, para que, se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada; que, se declare que INDUPALMA LTDA, debió realizar los aprovisionamientos necesarios para el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, en virtud de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946 y el artículo 6 del Decreto 1824 de 1965; que, se ordene a COLPENSIONES, realizar el cálculo actuarial del tiempo en que cada demandante, trabajó en INDUPALMA y que no fue cotizado: que, se condene a INDUPALMA LTDA, a pagar el respectivo título pensional, por cada uno de los accionantes, a favor de COLPENSIONES; que, se condene a INDUPALMA a pagar los perjuicios causados a cada demandante, por el no pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social; que, se conceda lo ultra y extra petita, junto con las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señalaron lo siguiente:

Que, CARLOS JULIO DURÁN VACA, nació el 01 de agosto de 1956; que, trabajó para INDUPALMA LTDA, del 28 de octubre de 1977 al 19 de enero de 1993, habiendo laborado para esa demandada, más de 15 años de servicio anteriores a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones; que, durante el tiempo que perduró la relación laboral, su empleador, nunca realizó los aprovisionamientos consagrados en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, además de lo contemplado en el artículo 6 del Decreto 1824 de 1965; que, el 03 de febrero de 2021, presentó reclamación escrita ante COLPENSIONES, sobre su situación pensional y ésta le respondió el 15 de febrero de 2021, que no encontraba cotizaciones por los periodos del 28 de octubre de 1977 al 19 de enero de 2021.

Que, MIGUEL ÁNGEL ROJAS SALAMANCA, nació el 28 de febrero de 1956; que laboró para INDUPALMA LTDA, del 28 de octubre de 1977 al 04 de abril de 1993, tiempo durante el cual la demandada, no realizó el aprovisionamiento consagrado en los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, además de lo contemplado en el artículo 6 del Decreto 1824 de 1965; que, el 19 de noviembre de 2019, reclamó ante INDUPALMA LTDA, su derecho pensional, pero le fue negado; que, igual petición presentó ante COLPENSIONES, sin que a la fecha de presentación de la demanda, haya obtenido respuesta alguna.

Que, EVELIO LEAL, nació el 20 de febrero de 1963; que, trabajó para INDUPALMA LTDA, entre el 28 de octubre de 1977 y el 17 de enero de 1993; que, igual que en el caso de sus compañeros, la demandada, no realizó el aprovisionamiento de que tratan los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946; que, el 03 de febrero de 2021, solicitó a COLPENSIONES, información de su derecho pensional, sin que esa Administradora hay emitido respuesta alguna al respecto (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la contestó oportunamente, ni se opuso ni se allanó a las pretensiones, ya que, no se dirigen en su contra; dijo no constarle la mayoría de los hechos; argumentó que, no es posible condenar a esa Administradora, en virtud de hechos de terceros, como lo es, la existencia de un contrato o vínculo laboral entre los señores MIGUEL ANGEL ROJAS SALAMANCA, CARLOS JULIO DURAN VACA, y EVELIO LEAL y el empleador INDUPALMA LTDA, así como tampoco por la omisión de cotizaciones en Seguridad Social que eventualmente haya realizado dicho empleador, pues, esa situación fáctica es ajena a esa Entidad; además que, de probarse la existencia de la relación laboral, al no contar los

demandantes con afiliación para los periodos en cuestión, lo procedente sería realizar el cálculo actuarial, no obstante, este se realiza únicamente a solicitud de la parte, es decir, INDUPALMA LTDA, quien debe aportar una solicitud en la que relacione los periodos que omitió cotizar al Instituto de los Seguros Sociales - ISS, hoy COLPENSIONES para que ésta proceda a su realización. Formuló las excepciones de imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, buena fe, prescripción, falta de legitimación en la causa respecto a las pretensiones de declaración de contrato realidad y la innominada o genérica (Archivo 05).

INDUSTRIAL AGRARIA LA PALMA LIMITADA – INDUPALMA LIMITADA EN LIQUIDACIÓN, también contestó en término la demandante, aceptó la mayoría de los hechos y se opuso a las pretensiones alegando que, para la época de vinculación laboral de los demandantes, esa Sociedad, no estaba obligada a realizar ningún tipo de aprovisionamiento, por cuanto *i)* el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 hace referencia a las cotizaciones o aportes a los que el empleador estaba obligado a pagar a partir de la fecha de asunción o subrogación, por parte del ISS; además, *ii)* en ninguno de los reglamentos expedidos por el Consejo Directivo del ISS fue reglamentado la presunta obligación de aprovisionamiento previo a la asunción del riesgo, ni aun, cuando éste se materializara con la afiliación de los trabajadores al seguro de Invalidez, Vejez y Muerte que administraba el ISS; y que, *iii)* La obligación de realizar aportes al ISS, nació para INDUPALMA, solo hasta el 08 de enero de 1991, fecha en la cual dicha entidad inició cobertura en el municipio de San Alberto, Cesar, lugar donde los demandantes, prestaron sus servicios; señaló que, el artículo 6 del Decreto 1824 de 1965, entre otros regulaba, el reconocimiento de prestaciones a cargo del Instituto del Seguro Social, cuando el patrono no hubiere inscrito a sus trabajadores estando obligado a hacerlo, y éstos soliciten las prestaciones de este seguro, el Instituto queda facultado para otorgarlas, pero el patrono deberá pagar el capital constitutivo de las rentas y prestaciones que se otorguen, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar por la infracción, consecuencia jurídica que no aplica para INDUPALMA, por cuanto, ésta cumplió con su obligación de inscripción y afiliación de sus trabajadores al ISS, cuando dicha Entidad inicio su cobertura el 08 de enero de 1991 en el municipio de San Alberto fecha, en la que real y efectivamente, los actores, fueron afiliados al seguro de invalidez, vejez y muerte por parte de su empleador. Propuso las excepciones de inexistencia de obligaciones a cargo de INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN, pago equitativo y justo de los aportes a Seguridad Social en Pensiones, en periodo por falta de cobertura del ISS, falta de título y causa, prescripción, buena fe de **INDUPALMA** LTDA EN LIQUIDACIÓN y la genérica (Archivos 08 y 10).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 06 de junio de 2022, el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un vínculo de trabajo entre los demandantes e INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN; condenó a la demandada a pagar a satisfacción de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el valor del cálculo actuar que corresponda por cada una lo de los demandantes; ordenó a COLPENSIONES, efectuar el cálculo actuarial, en los términos del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenó en costas a INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandada INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN, interpuso recurso de apelación, insistiendo en que, para la vigencia de los contratos de trabajo celebrados con los demandantes, esa Compañía, no estaba obligada a constituir una reserva actuarial por el valor de los aportes a pensión de sus trabajadores; además que, a partir del 08 de enero de 1991, el ISS, asumió el riesgo de vejez, en INDUPALMA y subrogó al empleador, en el pago de dicha obligación; que, de acuerdo a los artículos 259 y 260 del CST, vigentes para la época, ninguna norma contempla tal obligación, pues, era claro que sólo hasta tanto el ISS asumiera el riesgo, se aplicaría lo dispuesto en sus reglamentos; que, el artículo 29 de la Constitución Política, consagra entre otros, la irretroactividad de la ley, la cual sólo rige hacia futuro, mientras tanto, nadie puede ser juzgado, sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, por lo tanto, conforme al artículo 260 del CST, la única obligación de los empleadores, era pagar la pensión de jubilación, una vez los trabajadores cumplieran los 55 años de edad, en el caso de los hombres o 50 en el de las mujeres, con 20 años de servicios continuos o discontinuos, y en concordancia con el artículo 193 del mismo Código, se reitera que, sólo cuando el ISS, subrogara a los empleadores, entrarían en vigencia los reglamentos que éste dictara para establecer la forma en que asumiría el riesgo; que, también el artículo 41 del Acuerdo 049 de 1990, dispuso que ese Reglamento, aplicaría sólo cuando ISS, asumiera los riesgos de IVM, que para INDUPALMA, comenzó el 08 de enero de 1991; que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993, dicha Ley, empezó a regir el 01 de abril de 1994, por lo tanto, todo lo relacionado con cálculos y bonos pensionales, no admite una interpretación retroactiva; pide, de manera subsidiaria, tener en cuenta que, INDUPALMA, no fue omisa en su obligación de afiliación y pago de aportes al IVM administrado por el ISS, pues, esa obligación sólo nacía con el llamado que hiciera la Entidad, el cual sólo fue efectivo a partir del 08 de enero de 1991; que, no existía la obligación de aprovisionamiento, ni existía una entidad que lo exigiera y recibiera; que, conforme a los reglamentos vigentes del ISS, en el curso de la relación laboral con los demandantes, en especial, el Decreto 3063 de 1989,

aprobatorio del Acuerdo 044 del mismo año, la obligación de cotización para la construcción de la pensión de vejez, era mancomunada, dual, una parte a cargo del empleador, equivalente al 67%, y otra, a cargo del trabajador, del 33%, sobre una base de cotización salarial del 6.5% del salario mensual; que, INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN, como empleador, obró a la luz del principio de buena fe, legalidad y confianza legítima, cumpliendo con la normatividad imperante, antes de la afiliación de los demandantes al ISS; que, el pago del cálculo actuarial impone una obligación desbalanceada, desproporcionada, subjetiva y sancionatoria, en cabeza únicamente del empleador; que, siguiendo el principio de solidaridad y universalidad de la Seguridad Social, debe ordenarse el pago únicamente de la actualización de los aportes para cotización a pensión de vejez, conforme a los reglamentos del ISS, teniendo como salario base el devengado o mínimo legal vigente, correspondiente a los periodos laborados por cada demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, las partes guardaron silencio al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala, a resolver el recurso de alzada, previa las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por la demandada INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN, la Sala, estudiará la obligación de afiliación y cotización de trabajadores que prestaron servicios en municipios sin cobertura del Instituto de Seguros Sociales y la forma de financiamiento de dicha prestación.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No fue materia de controversia por ninguna de las partes que entre ellas se verificó un contrato de trabajo vigente en los siguientes periodos (Archivo 18):

1. Con CARLOS JULIO DURÁN VACA, del 28 de octubre de 1977 al 19 de enero de 1993.
2. Con MIGUEL ÁNGEL ROJAS SALAMANCA, del 28 de octubre de 1977 al 04 de abril de 1993.
3. Con EVELIO LEAL, del 28 de octubre de 1977 al 17 de enero de 1993.

Tampoco fue objeto de discusión, que, hasta antes del 08 de enero de 1991, la sociedad empleadora, no afilió a los demandantes al ISS.

DE LA OBLIGACIÓN DE AFILIACIÓN Y COTIZACIÓN DE TRABAJADORES QUE PRESTARAN SERVICIOS EN MUNICIPIOS SIN COBERTURA DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Sea lo primero señalar que si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sostuvo anteriormente, que en aquellos casos en que un trabajador que había laborado para un empleador en una región del país en la que no había iniciado aún la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por parte del Instituto de Seguros Sociales, el empleador estaba excluido de responsabilidad frente a las cotizaciones por el tiempo que el trabajador hubiese estado sin cobertura por concepto de los aportes para dichos riesgos previsionales, pues, tal obligación sólo había surgido en el momento en que el ISS asumió dicho riesgo, tal postura fue recogida en la sentencia SL9856 Radicación 41745, del 16 de julio de 2014, en la que consideró necesario fijar el criterio de la mayoría de sus integrantes y determinó que el empleador, está llamado a responder al Sistema de Seguridad Social por el pago de los períodos en los que la prestación estuvo a su cargo, y solo en ese evento libera su responsabilidad frente al deber que le corresponde, posición que viene siendo reiterada, entre otras, en las sentencias CSJ SL14388-2015, CSJ SL2138-2016, CSJ SL18398-2017, CSJ SL361-2018- CSJ SL287-2018, CSJ SL358-2018, CSJ SL1342-2019 y CSJ SL1356-2019.

En efecto, en aquella oportunidad se afirmó que no era dable aducir la inexistencia de una disposición que estableciera el pago de cotizaciones por parte del empleador, por aquellos periodos en que no había surgido cobertura, ya que ello desconocía que el trabajador *“no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia a la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional”*, por lo que, esa omisión legislativa no resultaba razonable. Precizando además respecto a la sanción de los riesgos de IVM por parte del ISS lo siguiente *“Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de*

esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.”

Y es que no puede desconocerse que con antelación a la expedición de la Ley 90 de 1946 por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, el empleador asumía el pago de las pensiones de jubilación, siendo a partir de esa Ley que se previó la posibilidad de que dicho ente de seguridad social subrogara de manera gradual la contingencia de vejez, debiendo las empresas conforme lo previsto en los artículos 72 y 76 ibidem, aportar las cuotas proporcionales correspondientes al tiempo de servicios trabajado.

Por lo expresado no puede ser otra la interpretación ante dicha situación, ya que el traslado de las contingencias de invalidez, vejez y muerte del empleador al Seguro Social no implica que previo a éste, no existieran obligaciones prestacionales a cargo del empleador, en tanto el deber pensional era asumido por él, antes de que dicha Entidad, iniciara la cobertura masiva de los mencionados riesgos.

Entonces, debe tenerse en cuenta que el tiempo de servicios sin cotizar por falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales, no puede ser ignorado por el empleador, ya que, se insiste, éste conservó una responsabilidad de financiamiento respecto del trabajador, que se traduce en el pago de un título pensional (cuya denominación y determinación variará dependiendo del régimen al cual se encuentre vinculado el trabajador) y sería inequitativo e injusto para los trabajadores que, por la falta de la materialización de la relación jurídica de afiliación y cotización se les genere un perjuicio y se afecte su expectativa pensional, lo cual va en contravía de la naturaleza del derecho fundamental a la y a todos los postulados tanto de orden constitucional como legal sobre los que se cimenta la seguridad social, no siendo indispensable para la transferencia de tales recursos que el trabajador deba tener derecho a una pensión, sino que simplemente por tratarse de derechos irrenunciables procede el pago de tales periodos no cotizados.

Al tema oportuno resulta traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1356 de 2019, Radicación 74321 del 3 de abril de 2019, en la que puntualizó:

“El problema jurídico que debe desatar la Sala consiste en establecer si la empresa demandada debe asumir el costo del cálculo actuarial del periodo comprendido entre el 19 de diciembre de 1977 y el 20 de diciembre de 1987, pese a que no estuvo obligada a afiliarse al accionante al ISS durante dicho lapso.

Con ese objeto, conviene señalar que a partir del año 2014, la jurisprudencia de esta Sala dejó de lado la teoría que defiende la recurrente en sede del recurso extraordinario. En efecto, desde la sentencia CSJ SL 41745, 16 jul. 2014, la postura que adoptó esta Corporación, es que las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores derivadas de la seguridad social en pensiones, subsisten aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia.

Ello implica que en los periodos no cotizados por falta de cobertura, son ellos – los empleadores- quienes asumen a través de un cálculo actuarial las contingencias que se originan en la vejez, invalidez o muerte, de tal forma que con dichos recursos se garantice el financiamiento de las prestaciones que se encuentran a cargo del ISS hoy Colpensiones.

(...)

*Así, los empleadores que no habían recibido el llamado a la afiliación de sus trabajadores en virtud de la subrogación paulatina de los riesgos a cargo del ISS, no se encontraban exentos de responsabilidad de cara al sistema de pensiones, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, es el traslado del cálculo actuarial el que permite la consolidación del derecho a cargo del ente de seguridad social. **Incluso, así la densidad de semanas sea insuficiente para acceder una prestación periódica de jubilación, el aludido cálculo actuarial tiene que incorporarse en aras del cómputo de la pensión, dado que es parte de los derechos irrenunciables del trabajador derivados de la seguridad social.***

Continuando con los puntos objeto de censura, cuestiona la demandada INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN, que deba asumir el pago de la totalidad del cálculo actuarial, lo cual considera desbalanceado, desproporcionado, subjetivo y sancionatorio, para el empleador, por lo que, solicitó que se ordenara el pago únicamente de la actualización de los aportes para cotización a pensión de vejez, conforme a los reglamentos del ISS, teniendo como salario base el devengado o mínimo legal vigente, correspondiente a los periodos laborados por cada demandante.

Al respecto, se debe precisar que, el empleador debe asumir la totalidad del título pensional durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura, puesto que es el único responsable del riesgo pensional, por tal motivo no resulta procedente que simplemente realice el pago de las cotizaciones debidamente indexadas o que, éste se distribuya entre el empleador y el trabajador, en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales como lo pretende la recurrente; así lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2465 de 2021:

“...corresponde al empleador efectuar el pago de la totalidad del cálculo actuarial por falta de afiliación, teniendo en cuenta que el mismo difiere sustancialmente de las simples cotizaciones o aportes indexados o con intereses moratorios, como si se tratara de periodos en mora de pago, pues representa la proporción de capital necesario para sufragar la pensión, con

relación al tiempo de servicios en el que el empleador fue el único responsable de la prestación...”

En igual sentido, expuso esa Corporación en sentencia CSJ SL3867 de 2021, reiterada en la SL1616 de 2022, que:

“En esa perspectiva desde ya se advierte que no le asiste razón a la parte recurrente puesto que, la Sala de manera pacífica y reiterada ha sostenido que debido a que el cálculo actuarial es un mecanismo complejo que le permite a un trabajador recuperar el tiempo laborado a favor de un empleador que por diferentes circunstancias omitió su afiliación al seguro social y, por tanto conduce a la edificación del capital necesario para el reconocimiento en este caso de la pensión de vejez, no puede ser visto como una «simple proyección de cotizaciones o aportes de periodos anteriores» (CSJ SL313-2022) y por tanto su consolidación no puede regularse como si se tratara de tales.

En ese sentido, se tiene que como en el presente asunto no existió afiliación por parte de la entonces empleadora del demandante al seguro social, no se configuró la respectiva subrogación del riesgo y, por tanto el mismo estaba en un 100% a cargo del empleador durante el periodo que el trabajador prestó servicios a su favor y no fue afiliado, luego entonces, en igual forma se deberá cancelar el cálculo actuarial, teniendo en cuenta que su finalidad como se dijo en párrafos precedentes es permitirle al trabajador recuperar el tiempo de servicio que prestó al empleador sin estar afiliado. Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia CSJ SL313-2022, en la que se memoró lo dicho por la Corte, en la providencia CSJ SL3867-2021, en la que se sostuvo:

Para resolver, esta Corporación debe determinar si corresponde a la empresa recurrente el pago total del cálculo actuarial o si lo debe asumir de manera proporcional con el trabajador, bajo el argumento de que los aportes a pensiones son también proporcionales entre ambos.

Conviene recordar, entonces, que la jurisprudencia de esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el particular, y al respecto tiene establecido que el valor del cálculo actuarial que el empleador debe trasladar a la entidad de seguridad social se encuentra exclusivamente a su cargo, sin que el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, permita entender que el trabajador deba contribuir en su cubrimiento, pues lo cierto es que durante el lapso de no cobertura el empleador es el único responsable del riesgo pensional.

Recientemente, en un caso de iguales connotaciones fácticas y jurídicas, la Corte dio respuesta a los reproches de la censura mediante sentencia CSJ SL673-2021, reiterada en la CSJ SL2465-2021 y CSJ SL, 14 jul. 2021, rad. 83301, en la que expuso:

En consecuencia, para la Sala el problema jurídico a resolver se circunscribe a determinar si se equivocó el ad quem al definir que el pago del cálculo actuarial estaba en su totalidad a cargo del empleador Weatherford South America GmbH.

Al respecto, no le asiste razón a la recurrente en su cuestionamiento, debido a que el cálculo actuarial no es una proyección de cotizaciones o aportes de períodos anteriores, como si se estuviera frente a una mora en la cotización, sino que equivale a parte del capital necesario para financiar una pensión; y aún, si se tratara de aportes, que no lo es, ya se ha dicho, lo cierto es que tampoco acompañaría la razón a la censura, porque el inciso segundo del artículo 22 de la Ley 100 de 1993, establece que «El empleador responderá por

la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador».

El cálculo actuarial que debe trasladar el empleador, representa parte del capital que se necesita para financiar la pensión del trabajador en el sistema general de pensiones, proporcional por supuesto al tiempo durante el cual recibió el servicio cuando tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. En consecuencia, si el tiempo trabajado fue menor al exigido para que la prestación quedara en su totalidad a cargo del empleador, lo razonable es que transfiera al pagador de la pensión el valor que corresponde en proporción al tiempo trabajado, sin estar obligado el trabajador a realizar aporte alguno para la financiación de la pensión, como no lo está quien es pensionado directamente por el empleador.

Si las pensiones cuyo reconocimiento y pago estaban a cargo de los empleadores, fueron entendidas como una prestación que hacía parte de la retribución por el servicio prestado por el trabajador, o se consideraban como un salario diferido, no se encuentra ninguna razón válida para que en la misma situación el trabajador asuma una obligación que estaba exclusivamente en cabeza del empleador, menos, aceptar que por ello se configura un enriquecimiento sin causa del empleado. No puede olvidarse que el cálculo actuarial no es una dádiva del empleador, sino fruto de la prestación de servicios.

Finalmente, reitera la Sala en esta oportunidad, que de conformidad con el parágrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el valor del cálculo actuarial que el empleador debe trasladar a la entidad de seguridad social, está exclusivamente a su cargo, sin que se haya dispuesto contribuir alguna para el trabajador, como se precisó en sentencia CSJ SL 2584-2020.

La razón por la cual el empleador debe asumir íntegramente la mencionada erogación radica en que durante el lapso de no afiliación por falta de cobertura fue el único responsable del riesgo pensional, en la medida que durante tal interregno la obligación estuvo totalmente a su cargo. De ahí que no resulta procedente que el valor del título pensional sea distribuido entre él y el extrabajador en la proporción prevista legalmente para los aportes pensionales, tal como lo pretende la recurrente...”

Teniendo en cuenta lo anterior y, reiterando la Sala, que, el empleador, debe asumir el pago de los períodos laborados no cotizados, por virtud de la reserva que estaba obligado a realizar, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

Costas en la alzada a cargo de la demandada INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACION, al haber sido resuelto el recurso de manera desfavorable a sus intereses. Se confirman las de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de junio de 2022, por

el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario instaurado por **CARLOS JULIO DURÁN VACA, MIGUEL ÁNGEL ROJAS SALAMANCA** y **EVELIO LEAL** en contra de **INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN** y la vinculada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, conforme las razones expuestas con anterioridad.

SEGUNDO: COSTAS en la alzada a cargo de la demandada INDUPALMA LTDA EN LIQUIDACIÓN. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 a favor de cada uno de los demandantes.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105030202100167-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el ocho (8) de junio de 2022 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CLAUDIA PATRICIA SIERRA DÍAZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Claudia Patricia Sierra Díaz, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare que la demandada COLFONDOS S.A. incumplió el deber de información al momento de la afiliación, en consecuencia, se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante en agosto de 2000 del ISS hoy COLPENSIONES a COLFONDOS, declarar procedente el traslado de la demandante del RAIS al RPM, se condene a COLPENSIONES y COLFONDOS a realizar todas las

gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado, condenar a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, frutos e intereses legales, se condene a COLPENSIONES a recibir a la demandante sin solución de continuidad, a recibir los aportes, corregir y actualizar la historia laboral, a lo extra y ultra petita, costas y gastos del proceso.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 15 de julio de 1963, que realizó cotizaciones al RPM el 18 de junio de 1987 al ISS hoy COLPENSIONES, que en agosto de 2000 se trasladó a COLFONDOS S.A., actuar que no estuvo precedido de la suficiente información, que lo indicado por el asesor fue; que se pensionaría antes de la edad mínima legal exigida, que podía solicitar el dinero en cualquier momento, poder pensionarse con el mínimo y el dinero restante se devolvía, que el dinero se iba a multiplicar porque se depositaba en un fondo de inversión a largo plazo y que podía retornar en cualquier momento al ISS hoy COLPENSIONES, sin embargo, que el mismo iba hacer liquidado, que presentó reclamación administrativa el 21 de agosto de 2019 ante COLPENSIONES solicitando la nulidad del traslado, que actualmente se encuentra vinculada al RAIS a través de PORVENIR S.A. (archivo 01Demanda.pdf)

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, Colfondos S.A. y Porvenir S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (archivo 07ContestacionColfondos.pdf, fls. 12 a 14).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de

causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 06ContestacionPorvenir.ppdf, fls. 29 a 32).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 – 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica. (archivo 08ContestacionColpensiones.pdf, fls. 20 a 21).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el ocho (8) de junio de 2022 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante del RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. a partir del 1 de julio de 2001, declarar válidamente vinculada la demandante al RPM administrado por COLPENSIONES, condeno a PORVENIR S.A. a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados, condeno a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicho fondo a partir del 1 de julio de 2001 al 31 de enero de 2005, sumas que deberán ser cubiertas con recursos propios del patrimonio de las administradoras y debidamente indexados, ordeno a COLPENSIONES que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo el RPM, declarar no probadas las excepciones planteadas por las demandadas, condeno en costas a COLFONDOS y PORVENIR, sin costas para COLPENSIONES.

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y Porvenir S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque de manera integral y en su lugar se absuelva Porvenir S.A., argumentó que: si bien existe un precedente jurisprudencial es mismo no puede ser aplicado de forma homogénea e indiscriminada por el incumplimiento al deber de información, debiéndose analizar cada caso concreto, se tiene que la demandante realizó traslado horizontal, además de encontrarse obligada a averiguar lo correspondiente a sus traslado, en virtud a los deberes de los consumidores financieros, por

lo que, debía actuar con diligencia, de otro lado, la entidad siempre a actuado de buena fe y conforme a lo establecido en la ley, que la devolución de gastos de administración es improcedente, ya que los mismo se encuentra avalados por la ley, tampoco debe condenarse a costas procesales al no haber lugar a la ineficacia del traslado de régimen.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se modifique la sentencia, manifestó que; que en caso de confirmar la condena se ordene a COLFONDOS tratar a la demandante bajos las reglas del RPM de probarse que hubo omisión en el deber de información, ya que se afecta gravemente a COLPENSIONES al ser obligado a recibir aportes, actualizar historia laboral y reconocer prestación pensional, cuando se cumplan los requisitos de la afiliada, porque deben ser protegidos los dineros de COLPENSIONES, ya que se afecta su característica piramidal causándose un daño financiero.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la apoderada de la demandada PORVENIR, solicita se revoque la sentencia, como sustento de sus alegatos hace énfasis; en el deber de información que le era exigido a PORVENIR para la fecha de la afiliación y/o traslado de régimen pensional de la demandante, traslado de gastos de administración y/o sumas previsionales y de las restituciones mutuas, por su parte, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, reitera su solicitud de revocatoria, para lo cual indica que se condene a la AFP COLFONDOS S.A. a tratar al afiliado conforme a las reglas del RPM si se confirma la falta de información en la que incurrió con la demandante y de la prohibición de traslado a COLPENSIONES cuando el afiliado se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si Porvenir S.A. están obligadas a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, **iii)** si se debe imponer costas procesales a la demandada Porvenir y **iv)** si COLFONDOS S.A. debe

mantener afiliada a la demandante pero bajo las reglas del RPM conforme a la tesis traída a colación por COLPENSIONES. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 21 de agosto de 2019, en donde solicita la nulidad efectuada al RAIS. (archivo 01Demanda.pdf, fls. 119 a 122).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

“las administradoras de pensiones 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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso***". (Negrilla fuera de texto)

Allí también, se dijo que los traslados de administradoras en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no convalidan, ni ratifican la decisión del traslado del RPM al RAIS.

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no

estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el quince (15) de julio de 1963 (archivo 08ContestacionColpensiones.pdf, fl. 168), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 18 de junio de 1987 al 25 de febrero de 2001 un total de 287.86 semanas (archivo 08ContestacionColpensiones.pdf, fl. 202), iii) que el veinticuatro (24) de mayo de 2001 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de julio de 2001 (06ContestacionPorvenir.pdf, fl. 63). vi) que el siete (7) de diciembre de 2004 se trasladó de A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de febrero de 2005 (archivo 06ContestacionPorvenir.pdf, fls. 34 y 63) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.347 semanas (Archivo 05 fl. 36).

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Colfondos S.A.

y Porvenir S.A. estaban obligados a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, los fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Claudia Patricia Sierra Díaz asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

*Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».***

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”. (Negrilla fuera de texto)

Por último, respecto a la tesis mencionada por el apoderado de la demandada COLPENSIONES para que sea COLFONDOS quien responda dándole un trato a la demandante bajo los presupuestos del RPM, lo cierto, es que dicha tesis no es de recibo, toda vez que los efectos de la nulidad aplicables a la ineficacia del traslado de régimen permiten el regreso al RPM, además, no es evidente la afectación económica que pueda llegar a sufrir COLPENSIONES, cuando se ordena la devolución del aporte de forma íntegra, es decir, sin deducción por ningún concepto, con la correspondiente indexación y rendimientos financieros, con el fin de que pueda sufragar a futuro la prestación pensional de la demandante.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Colfondos S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Colfondos S.A. el veinticuatro (24) de mayo de 2001 con efectividad el 1 de julio de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

De la imposición en costas

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“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.

(...)

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)*” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura, no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta recordar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, situación que se evidenció en la sentencia de primera instancia frente a las demandadas PORVENIR y COLFONDOS, quienes se opusieron a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por lo que, no se revocará dicha condena, conforme se solicitó en el recurso de apelación por la demandada PORVENIR.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el ocho (8) de junio de 2022 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **CLAUDIA PATRICIA SIERRA DÍAZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

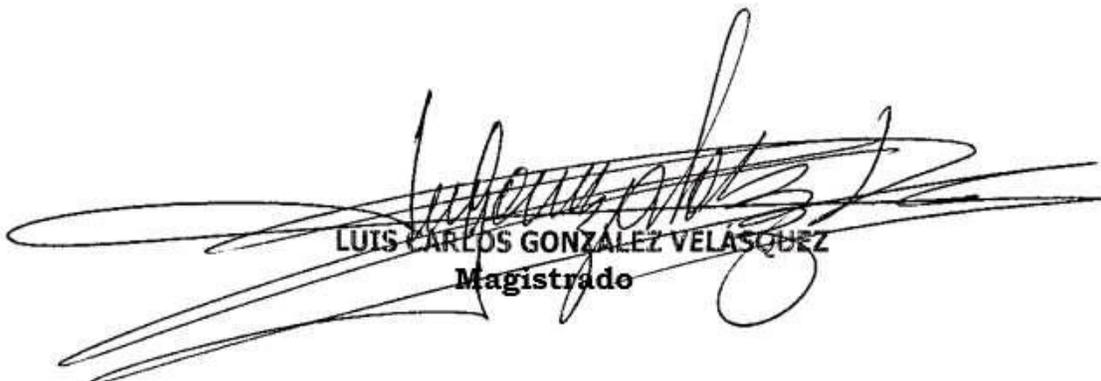
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105026202100214-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el primero (1) de febrero de 2023 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **AURA NANCY MESA DUARTE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Aura Nancy Mesa Duarte, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad del traslado realizado el 18 de noviembre de 1997 del ISS hoy COLPENSIONES a COLPATRIA hoy PORVENIR por faltar al deber de información, en consecuencia, se ordene a PORVENIR trasladar los aportes correspondientes de la demandante con sus respectivos ajustes y rendimientos al RPM administrado por COLPENSIONES, a lo extra y ultra petita y costas.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 28 de marzo de 1963, que inicio su vida laboral en julio de 1986 teniendo como empleador PLANODEX LTDA. cotizando al ISS, que el 12 de noviembre de 1997 firmo formulario de afiliación y traslado con COLPATRIA hoy PORVENIR sin que se diera información, que el 4 de febrero de 2020 solicito a COLPENSIONES que declare la nulidad del traslado realizado por la demandante del RPM al RAIS, a lo cual se dio respuesta negando.

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y Porvenir S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 12ContestaciónDemanda.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de fondo que denomino prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones. (archivo 13ContestaciónDemanda.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el un (1) de febrero de 2023 por el Juzgado veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado por la demandante al RAIS, condeno a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, condeno a COLPENSIONES para que acepte la transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, declaro no probadas las excepciones propuestas, condeno en costas a PORVENIR.

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, la apoderada de la demandada Porvenir S.A., presento recurso de apelación, en los siguientes términos: solicita se revoque la decisión relativa a la indexación de los valores objeto de condena impuesta, ya que se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encuentre en la cuenta individual de la demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente el apoderado de la demandada PORVENIR reitera la solicitud de revocatoria de la sentencia proferida en primera instancia, por su parte la apoderada de la demandada COLPENSIONES solicita absolver a la entidad, para lo cual, como fundamentos jurídicos trae a colación el artículo 2 de la Ley 797 de 2001, artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Decreto 3800 de 2001, inciso 4 art. 36 de la Ley 100 de 1993, sentencia C 789 de 2002 y art. 3 del Decreto 3800 de 2001, sentencia C-1024 de 2004 y sentencia STC8762-2017 M.P. Álvaro Fernando García radicación No. 76001-22-03-000-2017-00209-01, por último, el apoderado de la parte demandante solicita se confirme la sentencia ello por cuanto no se cumplió con el deber de información al momento del traslado.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si Porvenir S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas debidamente indexadas. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 4 de febrero de 2020, en donde se solicitó la nulidad del traslado de régimen efectuado de ISS a PORVENIR. (archivo 01DemandaYAnexos.pdf, fl. 61).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones 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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que***

claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el veintiocho (28) de marzo de 1963 (archivo 01DemandaYAnexos.pdf, fl. 23), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 31 de julio de 1986 al 30 de septiembre de 1997 un total de 510.29 semanas (archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2216-20220325111052.PDF carpeta 14ExpedienteAdministrativo), iii) que el doce (12) de noviembre de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLPATRIA hoy Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de enero de 1998 (archivo 12ContestaciónDemanda.pdf, fls. 25 y 57) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.289 semanas (archivo 12ContestaciónDemanda.pdf, fl. 27).

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando COLPATRIA hoy Porvenir S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Aura Nancy Mesa Duarte asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Continuando con el estudio por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

*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.***

*En el sub lite, **la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida.** Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 íbidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

*Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».***

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”.
(Negrilla fuera de texto)

Por último, respecto a la condena de indexar los conceptos que se ordenan devolver, está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, si bien no se solicitó por la parte demandante, lo cierto es que el Juez laboral cuenta con la facultad extra petita, otorgando a la parte demandante derechos por fuera de lo pedido, siempre que se encuentre probado, es así como no solo los efectos de nulidad aplicables a la ineficacia dan lugar a ello, sino del material probatorio al realizarse el correspondiente interrogatorio de parte a la demandante, se establece que la misma no conocía de las características del RAIS, pues los rendimientos financieros de los aportes, que en tesis de la demandada

Porvenir S.A. equiparan las deducciones realizadas, no pueden ser tenidos en cuenta así, dado que nunca aportó pruebas documentales en las que conste los aportes de la demandante, con las correspondientes deducciones en comparación con los supuestos rendimientos, con el fin de verificar si se conservaban los aportes que hubiera hecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, máxime, cuando los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado y sus riesgos, ya que los mismos se encuentran clasificados, los cuales pueden ser altos, moderados o conservadores, resultando totalmente superfluo. Aunado a lo anterior, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria a través de varios pronunciamientos judiciales ha ordenado la indexación de los dineros que se deben trasladar al RMP administrado por COLPENSIONES en casos en los cuales se estudia la ineficacia del traslado de régimen.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el doce (12) de noviembre de 1997 con efectividad el 1 de enero de 1998 se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en el ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque el peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el primero (1) de febrero de 2023 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **AURA NANCY MESA DUARTE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la demandada Porvenir S.A., teniendo a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultados del proceso.

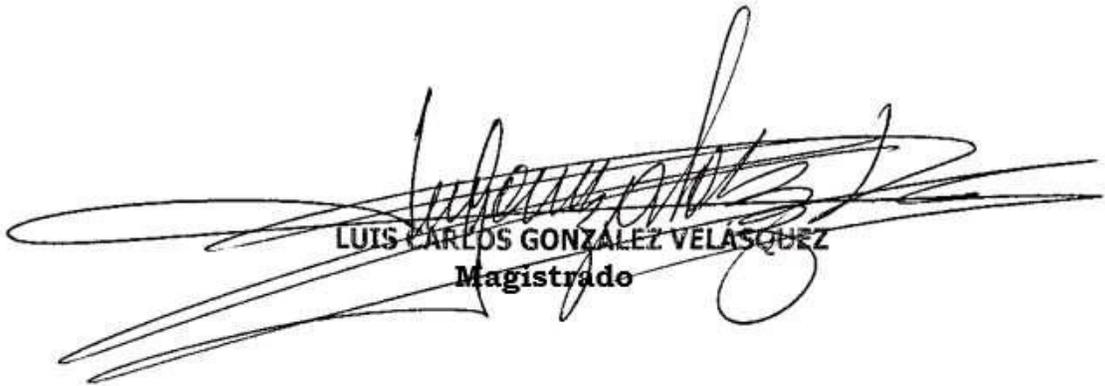
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado