



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALALABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de BENJAMIN ALAYON ESPINOSA
contra COLPENSIONES Rad. 110013105-039-2018-00497-01.**

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala Cuarta de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor **BENJAMIN ALAYON ESPINOSA** pretende que se condene a COLPENSIONES a reliquidarle la pensión de invalidez de la que disfruta a partir del 30 de noviembre de 2000, calculando en debida forma el IBL y aplicando la tasa de reemplazo que corresponde a la densidad de semanas cotizadas; así mismo, se condene al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por la mora en el reconocimiento y pago efectivo de la pensión, al pago de manera retroactiva de las diferencias causadas sobre las mesadas adeudadas, la indexación de las sumas adeudadas, más las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el 10 de enero de 2002, fue calificado con pérdida de capacidad laboral del 69.75% de origen común y fecha de estructuración el 30 de noviembre del 2000; a través de la Resolución No. 012830 del 01 de enero de 2002 se le reconoció la pensión de invalidez; sin embargo,

aduce que el ISS al momento de efectuar la liquidación de la pensión reconocida, no calculó el IBL en debida forma; posteriormente el 29 de septiembre de 2017 presentó ante COLPENSIONES solicitud de revocatoria directa, en el sentido de solicitar la reliquidación de la prestación económica, la cual fue negada (fls. 3 a 7).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones toda vez que carecen de fundamentos legales, argumentando para tal efecto, que al demandante se le reconoció pensión de invalidez por cumplir con los requisitos estipulados en la Ley 100 de 1993, artículo 39, y posteriormente se le negó la reliquidación de la pensión por cuanto no cumple con los requisitos del artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990. Como excepciones de mérito propuso las de «carencia de causa para demandar»; «inexistencia del derecho reclamado»; «prescripción»; «buena fe»; «inexistencia de intereses moratorios e indexación»; «compensación» e «innominada o genérica» (fls. 45 a 52).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 28 de febrero de 2020, absolvió a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra. Para arribar a la anterior conclusión, señaló que en el caso concreto, si bien el señor Benjamín Alayón Espinosa se afilió a la entidad el 9 de abril de 1969 y cotizó un total de 873.29 semanas correspondientes a los periodos del 9 abril 1969 al 30 de julio del 2002, lo cierto es que para efecto de calcular el IBL sólo se debía tener en cuenta las cotizaciones realizadas por el demandante hasta la fecha de estructuración, y así mismo, según lo aceptado por las partes, la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral fue el 30 de noviembre del 2001, por lo que, hasta esa fecha se debían tener en cuenta las cotizaciones y no las posteriores, que en todo caso, el número de semanas cotizadas hasta esa fecha serían de 787.49 semanas y al tener una pérdida de capacidad laboral del 69.75% según lo estipulado en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, el IBL sería del 54%, porcentaje sobre el cual se calculó la primera mesada pensional, por ello se concluye que se realizó de manera correcta la liquidación de la pensión de invalidez del demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, advirtiendo que el actor continuó haciendo cotizaciones para un eventual cambio de pensión al momento de cumplir la edad de vejez realizando

cotizaciones efectivas y que fueron admitidas por Colpensiones hasta llegar a un total de 875 semanas cotizadas al 31 de julio del 2002, por lo que así las cosas se debe tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada más aún si puede resultar favorable a efectos del cálculo de IBL y tasa de remplazo; resaltó que si bien la Corte Suprema de Justicia ha establecido que para efectos del cálculo del IBL o el cálculo de la mesada pensional en materia invalidez se debe tener en cuenta la última semana cotizada hasta antes del momento de la estructuración de la invalidez, no es menos cierto que en varias de sus decisiones inter partes, ha señalado que si no cumplen ese propósito, de aumentar el monto, se estaría hablando de un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones toda vez que no hizo devolución de los aportes y los recibió de manera legal y en un momento oportuno razón por la cual el demandante tiene derecho a que le sean tenidas en cuenta para efectos del cálculo de IBL y también la posterior tasa de reemplazo. Agregó, igualmente, que incluso con la tasa de remplazo aplicada en la resolución primigenia, le corresponde una pensión superior a la reconocida pues el actor cotizaba con un promedio superior a cinco salarios, de ahí que, solicita se efectúen los cálculos del IBL sobre los últimos 10 años de cotizaciones para efectos de que se le reconozca el reajuste deprecado.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada presentó alegaciones en similares términos a los indicados en la contestación de la demanda, solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar si hay lugar al reajuste de la pensión del demandante, en los términos propuestos en la apelación, esto es, teniendo en cuenta el número de semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez; de igual modo, habrá de verificarse el IBL calculado por Colpensiones a efectos de determinar si la prestación fue computada en debida forma.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico, resulta necesario señalar que no es objeto de discusión que al actor le fue calificada una pérdida de capacidad laboral del 69.75% de su capacidad laboral estructurada el 30 de noviembre de 2000 mediante

dictamen 19118955 del 10 de enero de 2002, en tal virtud, le fue reconocida una pensión de invalidez por parte de la entidad demandada a través de la Resolución No. 012830 del 27 de junio de 2002, con fecha de disfrute a partir del 04 de enero de 2001 en cuantía inicial de \$475.771, para efectos del monto de la prestación, se tuvo en cuenta un total de 795 semanas y un Ingreso Base de Liquidación -IBL- de 881.057 al cual se le aplicó una tasa de remplazo del 54% (fls. 13 a 18, Exp. Activo. CD fl. 53).

Ahora bien, es evidente que lo alegado por el demandante es que se le reajuste la prestación por parte de la entidad, teniendo en cuenta, incluso, las semanas cotizadas con posterioridad al reconocimiento pensional hasta el 31 de julio de 2002 y sobre un total de 875 semanas, de igual manera, verificando el cálculo del IBL.

Determinado lo anterior, se procede al estudio puntual de los reparos indicados en la alzada por la parte demandante respecto del IBL, para lo cual advierte la Sala que de manera pacífica la H. Sala Laboral de la CSJ¹, ha determinado que para el cálculo del IBL de las pensiones de invalidez causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, la norma que lo regula es el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, según el cual corresponderá al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante 10 años anteriores a la estructuración de su invalidez, o en todo el tiempo si éste fuere inferior o, de contar con mínimo 1250 semanas, el IBC de toda la vida, si fuere superior, actualizados anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificación que expida el DANE.

En ese orden, el IBL de la pensión de la demandante debió liquidarse con base en los aportes efectuados en los 10 años anteriores a la estructuración de la invalidez. Ahora, con relación a la posibilidad de incluir las semanas con posterioridad, debe mencionarse que es criterio pacífico y de vieja data que no es dable tener en cuenta para el cálculo del monto pensional los aportes en efecto se sufraguen después de esa fecha. En efecto, en sentencia de la CSJ SL, 28 Ag. 2012, rad. No. 41822, se precisó:

*«Para que el asegurado pueda acceder a la pensión de invalidez, no se requiere la desafiliación del sistema pensional, en la medida en que la causación de su derecho y el pago se produce desde la fecha en que se estructuró la pérdida de la capacidad laboral en el porcentaje exigido para el efecto, conforme lo prevé el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, que a la letra reza: “DISFRUTE DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN. **La pensión de invalidez por riesgo común, se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructura tal estado.** Cuando el beneficiario estuviera en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez*

¹ Ver entre otras muchas, las sentencias CSJ SL2159-2019 y SL272-2020.

*comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio” y **“La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado”**.*

*De igual forma, para obtener el ingreso base de liquidación de la prestación económica derivada de la invalidez del afiliado, **no es procedente tener en cuenta lo cotizado con posterioridad a la fecha de la estructuración de su pérdida de capacidad laboral, sino los aportes anteriores al reconocimiento pensional**, y por ende, tampoco es pertinente pretender una reliquidación de la mesada con los aportes que en mayor cuantía realizó la asegurada después de su minusvalía, por haber seguido laborando» (resaltado de la Sala).*

Criterio este que fue reiterado en sentencia CSJ SL2769-2015, en la cual se indicó que *«para efectos de la pensión de invalidez que es la que aquí interesa, el IBL se calcula con el promedio de las cotizaciones de los últimos diez años o en todo el tiempo si este fuere inferior, teniendo como fecha de referencia la de la estructuración de la minusvalía. Esto significa que no se tienen en cuenta para el cálculo del monto pensional los aportes sufragados con posterioridad a esa fecha».*

Precisándose, a propósito del argumento del apelante en torno a que se debe tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada, *«que no es de recibo el argumento según el cual, por haber aceptado la Administradora demandada las cotizaciones posteriores a la invalidez, sin objetarlas, debía incluirlas en el cálculo de la pensión, pues como se vio la Ley es clara en cuanto a las reglas a seguir para definir el monto de la prestación periódica por ese riesgo, y de todos modos, como lo ha señalado la Corte, la entidad convocada a proceso estaba en la obligación de recibirlas pues la circunstancia de ser beneficiaria de una pensión de invalidez no es óbice para que la persona continúe trabajando y cotizando al sistema, máxime cuando se trata de una pérdida de capacidad laboral parcial en que se puede desempeñar una labor acorde con las circunstancias particulares de salud...»*

Así las cosas, está suficientemente decantado que no es posible incluir para efectos de la liquidación pensional, las semanas que fueron sufragadas con posterioridad a la fecha de estructuración, como lo solicita en la apelación y en tal sentido, no prospera la alzada en ese puntual aspecto.

Frente a la segunda solicitud del recurso de alzada, esto es, lo relativo al cálculo del IBL, como ya se dijo, este debe realizarse conforme a los últimos diez años de cotizaciones, como quiera que no alcanzó una densidad superior a las 1250 semanas. En ese sentido, se realizaron los cálculos aritméticos del caso al momento de la estructuración, noviembre de 2000, arrojando el siguiente resultado:

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO COTIZADO	ÍNDICE INICIAL	ÍNDICE FINAL	DÍAS DEL PERIODO	SALARIO INDEXAD O	IBL
DESDE	HASTA						
23/12/1990	31/12/1990	150.270,00	15,868100	109,230000	9	1.034.402	2.586,00
1/01/1991	28/02/1991	150.270,00	21,004200	109,230000	59	781.462	12.807,30
1/03/1991	31/07/1991	89.070,00	21,004200	109,230000	153	463.199	19.685,94
1/08/1991	30/09/1991	61.950,00	21,004200	109,230000	61	322.164	5.458,89
1/10/1991	30/11/1991	99.630,00	21,004200	109,230000	61	518.115	8.779,17
1/12/1991	31/12/1991	234.720,00	21,004200	109,230000	31	1.220.635	10.511,03
1/01/1992	29/02/1992	234.720,00	26,638400	109,230000	60	962.463	16.041,04
1/03/1992	31/03/1992	111.000,00	26,638400	109,230000	31	455.152	3.919,37
1/04/1992	30/04/1992	150.270,00	26,638400	109,230000	30	616.178	5.134,82
1/05/1992	31/07/1992	111.000,00	26,638400	109,230000	92	455.152	11.631,67
1/08/1992	31/08/1992	150.270,00	26,638400	109,230000	31	616.178	5.305,98
1/09/1992	30/09/1992	136.290,00	26,638400	109,230000	30	558.853	4.657,11
1/10/1992	30/11/1992	150.270,00	26,638400	109,230000	61	616.178	10.440,79
1/12/1992	31/12/1992	275.850,00	26,638400	109,230000	31	1.131.115	9.740,16
1/01/1993	28/02/1993	275.850,00	33,333600	109,230000	59	903.926	14.814,34
1/03/1993	31/05/1993	150.270,00	33,333600	109,230000	92	492.416	12.583,96
1/06/1993	30/06/1993	181.050,00	33,333600	109,230000	30	593.278	4.943,98
1/07/1993	31/08/1993	275.850,00	33,333600	109,230000	62	903.926	15.567,61
1/09/1993	30/09/1993	321.540,00	33,333600	109,230000	30	1.053.646	8.780,38
1/10/1993	31/10/1993	99.630,00	33,333600	109,230000	31	326.475	2.811,31
1/11/1993	30/11/1993	197.910,00	33,333600	109,230000	30	648.526	5.404,38
1/12/1993	31/12/1993	427.560,00	33,333600	109,230000	31	1.401.060	12.064,68
1/01/1994	31/03/1994	107.675,00	40,869600	109,230000	90	287.777	7.194,43
1/04/1994	31/05/1994	379.149,00	40,869600	109,230000	61	1.013.331	17.170,34
1/06/1994	30/06/1994	376.460,00	40,869600	109,230000	30	1.006.145	8.384,54
1/07/1994	31/07/1994	412.388,00	40,869600	109,230000	31	1.102.167	9.490,89
1/08/1994	31/08/1994	288.510,00	40,869600	109,230000	31	771.085	6.639,90
1/09/1994	30/09/1994	348.670,00	40,869600	109,230000	30	931.872	7.765,60
1/10/1994	31/10/1994	358.761,00	40,869600	109,230000	31	958.841	8.256,69
1/11/1994	30/11/1994	353.327,00	40,869600	109,230000	30	944.318	7.869,32
1/12/1994	31/12/1994	274.925,00	40,869600	109,230000	31	734.777	6.327,25
01/01/1995	31/01/1995	266.000,00	50,104500	109,230000	30	579.892	4.832,43
01/02/1995	31/03/1995	324.000,00	50,104500	109,230000	60	706.334	11.772,24
01/04/1995	30/04/1995	287.000,00	50,104500	109,230000	30	625.673	5.213,94
01/05/1995	31/05/1995	295.000,00	50,104500	109,230000	30	643.113	5.359,27
01/06/1995	30/06/1995	503.000,00	50,104500	109,230000	30	1.096.562	9.138,02
01/07/1995	31/07/1995	356.000,00	50,104500	109,230000	30	776.096	6.467,46
01/08/1995	31/08/1995	342.000,00	50,104500	109,230000	30	745.575	6.213,12
01/09/1995	30/09/1995	358.000,00	50,104500	109,230000	30	780.456	6.503,80
01/10/1995	31/10/1995	310.000,00	50,104500	109,230000	30	675.814	5.631,78
01/11/1995	30/11/1995	324.000,00	50,104500	109,230000	30	706.334	5.886,12
01/12/1995	31/12/1995	425.000,00	50,104500	109,230000	30	926.519	7.720,99
01/01/1996	31/05/1996	384.000,00	59,858600	109,230000	150	700.723	29.196,81
01/06/1996	30/06/1996	618.000,00	59,858600	109,230000	30	1.127.727	9.397,72
01/07/1996	30/09/1996	458.000,00	59,858600	109,230000	90	835.759	20.893,97
01/10/1996	31/10/1996	609.000,00	59,858600	109,230000	30	1.111.303	9.260,86

01/11/1996	30/11/1996	628.000,00	59,858600	109,230000	30	1.145.975	9.549,79
01/12/1996	31/12/1996	799.000,00	59,858600	109,230000	30	1.458.016	12.150,13
01/01/1997	31/01/1997	458.000,00	72,811400	109,230000	30	687.081	5.725,68
01/02/1997	31/03/1997	504.000,00	72,811400	109,230000	60	756.089	12.601,49
01/04/1997	30/04/1997	554.000,00	72,811400	109,230000	30	831.098	6.925,82
01/05/1997	31/05/1997	504.000,00	72,811400	109,230000	30	756.089	6.300,74
01/06/1997	30/06/1997	743.000,00	72,811400	109,230000	30	1.114.632	9.288,60
01/07/1997	31/08/1997	504.000,00	72,811400	109,230000	60	756.089	12.601,49
01/09/1997	30/09/1997	625.000,00	72,811400	109,230000	30	937.611	7.813,42
01/10/1997	31/10/1997	504.000,00	72,811400	109,230000	30	756.089	6.300,74
01/11/1997	30/11/1997	624.000,00	72,811400	109,230000	30	936.111	7.800,92
01/12/1997	31/12/1997	521.000,00	72,811400	109,230000	30	781.592	6.513,27
1/01/1998	31/01/1998	521.000,00	85,687600	109,230000	30	664.143	5.534,53
01/02/1998	31/03/1998	648.000,00	85,687600	109,230000	60	826.036	13.767,27
01/04/1998	30/04/1998	611.000,00	85,687600	109,230000	30	778.870	6.490,59
01/05/1998	31/05/1998	648.000,00	85,687600	109,230000	30	826.036	6.883,63
01/06/1998	30/06/1998	1.003.000,00	85,687600	109,230000	30	1.278.571	10.654,76
01/07/1998	31/12/1998	648.000,00	85,687600	109,230000	180	826.036	41.301,80
01/01/1999	31/01/1999	809.000,00	100,000000	109,230000	30	883.671	7.363,92
01/02/1999	31/05/1999	939.000,00	100,000000	109,230000	120	1.025.670	34.188,99
01/06/1999	30/06/1999	1.267.000,00	100,000000	109,230000	30	1.383.944	11.532,87
01/07/1999	31/12/1999	939.000,00	100,000000	109,230000	180	1.025.670	51.283,49
1/01/2000	30/04/2000	939.000,00	109,230000	109,230000	120	939.000	31.300,00
01/05/2000	31/05/2000	793.000,00	109,230000	109,230000	30	793.000	6.608,33
01/06/2000	30/06/2000	1.267.000,00	109,230000	109,230000	30	1.267.000	10.558,33
01/07/2000	31/07/2000	939.000,00	109,230000	109,230000	30	939.000	7.825,00
01/08/2000	30/11/2000	1.005.000,00	109,230000	109,230000	120	1.005.000	33.500,00
TOTALES					3.600	IBL	808.622,97

El IBL arrojado conforme a las cotizaciones efectuadas en los últimos 10 años, corresponde entonces a la suma de \$808.057, el cual resulta inferior al calculado por el ISS en su momento (fl. 13). Ahora bien, la cuantía de la prestación correspondería, en consecuencia, al 54% de dicho IBL, como quiera que la disminución de su capacidad laboral es igual o superior al 66% <literal (b) art. 40 Ley 100 de 1993>, lo cual arrojaría una prestación igual a \$436.656,40, sin que haya lugar a incremento alguno, en el entendido que no cotizó más de 800 semanas. En tal medida, no hay lugar a reajustar la prestación en los términos solicitados y, si en gracia de discusión, se tuviera en cuenta la totalidad de las semanas reclamadas por la parte actora (873), se llegaría a la misma conclusión, toda vez que se incrementaría la prestación en un 2% para un total de \$452.828,86 igualmente inferior al monto concedido por el ISS, hoy Colpensiones.

En tal sentido, puede concluir esta Corporación que la decisión de primera instancia en la que se dispuso que el actor no es merecedor a la reliquidación pretendida, se

encuentra ajustada a derecho, por lo que la misma habrá de confirmarse.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

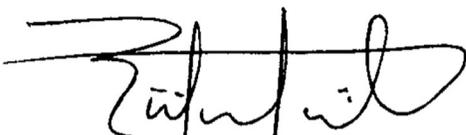
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida dentro del proceso ordinario adelantado por BENJAMIN ALAYÓN ESPINOSA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de SONIA JANETH CASTRO GOMEZ
contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-022-2017-
00170-01.**

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las entidades codemandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de febrero de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **SONIA JANETH CASTRO GOMEZ**, pretende se declare la INEFICACIA DEL TRASLADO a la AFP PORVENIR, al no haberle proporcionado dicha administradora una información completa y comprensible acerca de su traslado incumpliendo con su deber de buen consejo, y como consecuencia de la omisión en la información, solicita que se condene a PORVENIR a trasladar los aportes cotizados en el RAIS al RPMPD y a COLPENSIONES aceptarlos, teniéndola como afiliada sin solución de continuidad desde el 03 de marzo de 1987.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó la demandante que se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones el 03 de marzo de 1987, habiendo aportado un total de 475 semanas al RPMPD previo a su traslado al RAIS.

Manifestó que con la entrada al mercado del RAIS, seleccionó a PORVENIR como su nueva administradora de pensiones el 27 de mayo de 1997, donde se encuentra actualmente afiliada, no obstante, sostuvo que el funcionario de PORVENIR que la asesoró, no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS, utilizó como argumento de venta que el ISS se iba a acabar y no podría pensionarse; también, que podía pensionarse a cualquier edad, pero sin explicarle la afectación que ello tendría sobre su mesada pensional y bono pensional. Con base en la información proporcionada, suscribió el formulario de vinculación a PORVENIR. Agregó que cuenta actualmente con más de 1.352 cotizadas al Sistema General de Pensiones. Que radicó formulario de traslado de régimen ante COLPENSIONES el 06 de julio de 2016 y ante PORVENIR el 11 de julio de 2016 solicitando la invalidación de la afiliación a esa entidad. No obstante, fueron denegadas (Fls. 31 a 47).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, poniendo de presente que en este caso la demandante no se encuentra amparada por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al RPM en cualquier tiempo, debió hacerlo cuando estuviere a más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, pero dicha solicitud la elevó cuando ya había cumplido los años para cumplir con el requisito de la edad, por lo tanto, no es posible su retorno al régimen administrado por COLPENSIONES, aunado a ello, sostuvo que la afiliación no adolece de causal de nulidad en los términos del artículo 1508 del Código Civil. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión pretendida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada» e «innominada o genérica» (Fls. 54 a 63).

LA AFP PORVENIR, por su parte, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, argumentando que es improcedente la solicitud de ineficacia de la afiliación al RAIS, por cuanto no existe vicio alguno del consentimiento expresado por la accionante al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a la AFP, por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen pensional realizada por la demandante, puesto que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la ley, es decir el RPMPD o RAIS, es libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien manifestó por escrito su elección al momento de

vincularse o de traslado, hecho que se realiza con la suscripción de la solicitud de afiliación al respectivo fondo. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones solicitadas», «buena fe», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (Fls. 97 a 104).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de febrero de 2020, declaró la nulidad del traslado efectuado por la accionante al RAIS acaecido el día 27 de mayo de 1997; ordenó a la AFP PORVENIR, trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos administrativos, y a COLPENSIONES recibirlos efectuando los ajustes en la historia laboral de la parte actora.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que la AFP accionada no cumplió con la carga procesal de acreditar que al momento del traslado le suministró a la demandante una información detallada, concreta y comprensible que es necesaria para tomar la decisión del traslado, precisando que no se podía entender que esa carga probatoria se haya cumplido con la simple presentación del formulario de afiliación. En cuanto a la excepción de prescripción indicó que la misma no procede cuando se trata de derechos pensionales.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de PORVENIR apeló la decisión, alegando que el A quo ha dado un tratamiento distinto al de nulidad e ineficacia del traslado en la medida que sólo se solicitó la nulidad del traslado y esta solo aplica en el caso de que exista un vicio en el consentimiento, causal que no se acreditó ni se alegó en el proceso. Además, en la época del traslado de régimen no se solicitaba un consentimiento calificado por parte del potencial afiliado, en ese sentido, sostiene que se dio cumplimiento al artículo 11 del Decreto 656 de 1994, razón por la cual a Porvenir no se le pueden hacer exigencias de información que no estaban vigentes para dicho momento, no siendo requisito para la validez del acto jurídico. Con relación a los rendimientos financieros, alegó que estos sólo se generan en el RAIS, por lo que no habría lugar a su devolución.

Por su parte, el apoderado COLPENSIONES también apeló la decisión, alegando en síntesis, que COLPENSIONES no tiene que asumir responsabilidad de los actos jurídicos celebrados por terceros y en ese entendido la carga impositiva de recibir a la

demandante al RPM generaría al sistema una descapitalización directa, entre tanto, los aportes trasladados del RAIS al RPM alcanzarían sólo para subsidiar una pensión mínima por un periodo no superior a 8 años. Además, en el interrogatorio de parte la demandante confesó haber firmado el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, lo que generaría que la nulidad no proceda en este caso.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegaciones en similares términos a los indicados en las apelaciones, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia. Así mismo, la parte actora solicitó la confirmación de la decisión de primer grado, pues sostiene que se demostró la omisión del deber a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. de entregar información adecuada, clara y suficiente.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte, incluso respecto de afiliados que no son titulares de régimen de transición, quedando a cargo de las AFPs que diligencian con el usuario el traslado de régimen pensional y, en ese orden de ideas, para la mayoría de esta Sala de Decisión se hace insostenible mantener el criterio que venía adoptando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, con lo cual, una interpretación de dichas decisiones acorde con

su finalidad impone que por economía procesal, y una pronta y cumplida justicia se adopte para ello una misma evaluación fáctica y probatoria de los asuntos que involucran dicha problemática. Por lo tanto, en lo sucesivo las decisiones sobre esta temática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán. Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años o más de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Así las cosas, a folio 06 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 07 de marzo de 1965, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el 07 de marzo de 2022, procediendo ella a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR S.A. el 11 de julio de 2016 (fls. 25 a 27) y a COLPENSIONES el 06 de julio de 2016 (Fls. 28 y 29), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 368 semanas de cotización, (fls. 14 y 68) equivalentes a un poco más de 7 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 27 de mayo de 1997 (Fl. 12), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema que en su reciente criterio decisional, vía acción de tutela, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el

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

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

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

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

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 12), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

Así las cosas, conforme a las sentencias de tutela referidas, para este caso también aplica que la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (27 de mayo de 1997, fl. 12), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado, ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, destacando que no son de recibo los argumentos expuestos por las recurrentes en este punto, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales

circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

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

Por último, es claro para esta Sala de Decisión que cuando la irregularidad que ocurre en el acto de traslado de régimen pensional se da por el incumplimiento al deber legal de información, el traslado se torna ineficaz por la omisión de esa información necesaria para la toma de la decisión, lo que impone modificar la sentencia de primera instancia para en su lugar declarar esta y no la nulidad del acto de traslado.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento de traslado de régimen pensional de la actora no derivan en la nulidad del mismo sino en un traslado ineficaz, conforme a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUZ MARIA MARIN VASQUEZ contra CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO –COLSUBSIDIO-
Rad. 110013105-008-2017-0455-01.**

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de febrero de 2020.

ANTECEDENTES

La señora **LUZ MARIA MARIN VASQUEZ** pretende que se declare que entre ella y COLSUBSIDIO existió un contrato de trabajo por haber prestado en forma personal sus servicios de manera subordinada, dependiente y remunerada a favor de COLSUBSIDIO; que la relación laboral se llevó a cabo sin solución de continuidad entre el 18 de febrero de 2004 al 30 de julio de 2016, para un total de 12 años, 5 meses, 13 días, la cual culminó el 30 de julio de 2016, de manera unilateral y sin justa causa; en consecuencia, se condene al pago de las cesantías, intereses de la cesantías, prima servicios y vacaciones del periodo comprendido del 18 de febrero del 2004 al 30 de julio de 2016, indemnización moratoria, sanción moratoria por no haberle afiliado ni consignado al fondo de cesantías; se reliquiden los salarios, además del reembolso por los aportes de seguridad social en salud, A.R.L y pensiones por el valor correspondiente al salario devengado durante la vinculación

laboral; se condene al pago de los aportes a pensión a un fondo de su libre elección, los aportes a una Caja de Compensación Familiar, al pago de las pólizas suscritas que ampararon el cumplimiento de los contratos durante la relación laboral, al reembolso por retención en la fuente; la indemnización por despido e intereses moratorios, la indexación de las demás sumas que resulten de conformidad con el IPC, lo ultra y extra petita, gastos, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que se vinculó con COLSUBSIDIO mediante contrato civil de prestación de servicios, cuyo objeto consistía en la auditoría de los servicios de salud de la EPS COLSUBSIDIO, habiendo laborado de forma permanente sin solución de continuidad desde el 18 de febrero del 2004 hasta el 31 de diciembre de 2015 y del 1 de enero de 2016 hasta el 31 de julio de 2016; que para desempeñar sus labores utilizó elementos de apoyo de la demandada y según certificados emitidos por la misma empresa laboró en la modalidad de contratos periódicos renovables sin solución de continuidad. Que debía realizar entre otras funciones, la auditoría de cuentas médicas de las diferentes IPS contratadas por COLSUBSIDIO, conciliación de glosas y recobros con los prestadores de servicios de salud, las cuales ejerció con eficiencia, honestidad y gran sentido de la cooperación, en forma personal en las instalaciones de COLSUBSIDIO ubicada en la Carrera 17 No. 36 – 74 de Bogotá. Señaló haber sido subordinada, atendiendo órdenes de su jefe inmediato, MILTÓN JAVIER RAMIREZ VERA, precisando que no podía ausentarse en forma autónoma del sitio de trabajo para atender asuntos de carácter personal sin autorización expresa, razón de médico o de fuerza mayor; cumplía los mismos horarios de trabajo asignados a los trabajadores de planta de la demandada; que a enero del 2016 le fue reducida la mitad de su jornada laboral hasta el 31 de julio de 2016, recibiendo como remuneración a partir de ese momento y hasta el 30 de julio de 2016 la suma de \$2.481.943 mensuales y consignado a una cuenta de ahorros. Sostuvo que los horarios, al igual que las normas exigidas por las funciones desempeñadas eran siempre impuestos por la demandada. Que fue despedida de manera unilateral y sin justa causa el 31 de diciembre de 2015, y posteriormente fue vinculada mediante contrato de trabajo verbal desde el 1º de enero del 2016 hasta el 30 de julio de 2016 fecha última en la que fue despedida. Relató igualmente, no haber sido afiliada durante la relación laboral a ninguna ARL, AFP y EPS, por lo cual, efectuó aportes como independiente a pensión ante el fondo la AFP PORVENIR, en salud a la EPS SANITAS y a FAMILISANAR respectivamente. Que durante la relación laboral, nunca se le afilió ni consignó cesantías a un fondo de cesantías, y a la fecha, no se le han reconocido los derechos prestacionales del vínculo laboral, ni se le pagaron las acreencias

laborales por concepto de cesantías, intereses de la cesantías, prima de servicios y vacaciones; que al terminar el contrato de trabajo, no se le canceló la indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales, ni la indemnización por despido sin justa causa, no se cancelaron los aportes al sistema de seguridad social integral, ni lo que se obligaron a pagarle como independiente, tampoco le cancelaron los pagos efectuados por retención en la fuente efectuados por encima de lo legal, finalmente indica que el salario que devengó al 31 de diciembre del 2015 fue de \$4.647.833 (Fls. 2 a 17 y 199, 200).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO COLSUBSIDIO** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones. Para ello señaló que entre COLSUBSIDIO y la demandante jamás existió un contrato de trabajo, ni se dieron los elementos para que se configure una relación laboral, indica igualmente que los servicios prestados por la demandante fueron independientes, autónomos, esporádicos e insubordinados siendo suscritos en debida forma los contratos de prestación de servicios independientes en ejecución del mismo, en este orden de ideas, expuso que, jurídicamente es imposible que se haya convenido suma alguna por concepto de salario y que por sustracción de materia, la indemnización por el supuesto despido sin justa causa jamás nació a la vida jurídica. Resalta que cualquier hipotético derecho del que pudiera ser titular la actora se encuentra prescrito, ya que han transcurrido más de 3 años desde su causación a la fecha en la que la demanda se presentó, indica igualmente que se actuó de buena fe respecto de las relaciones jurídicas que eventualmente la vincularon con la demandante, finalmente señala en cuanto a los aportes de seguridad social, que estos recayeron en cabeza de la demandante. Propuso como excepciones de fondo, las de «cobro de lo no debido», «inexistencia del contrato de trabajo», «inexistencia de las obligaciones pretendidas», «pago de lo no debido», «buena fe de la demandada», «ausencia de título y de causa en las pretensiones de la demandante», «ausencia de la obligación en la demanda», «ausencia de moratoria por parte de la contra parte» y «prescripción» (Fls. 216 a 219 y 237 a 259).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 8 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 20 de febrero de 2020, declaró que entre la demandante en calidad de trabajadora y la demandada en calidad de empleador existieron 3 relaciones laborales, así: 1. del 8 de marzo de 2004 al 30 de septiembre de 2005; 2. del 1º de abril de 2006 al 31 de

marzo de 2008; 3. del 1º de septiembre de 2008 al 31 de julio de 2016; condenó a COLSUBSIDIO al pago de las siguientes sumas de dinero: \$30.669.175 por concepto de cesantías, \$729.921 por concepto de intereses de la cesantías, \$8.793.090 por concepto de prima de servicios, \$6.583.771 por concepto de vacaciones, comprendidas por el lapso de 01 de septiembre de 2013 hasta el 31 de julio de 2016; condenó a la demandada al pago de las diferentes sumas que surjan por concepto de aportes en pensión desde septiembre de 2008 a julio de 2016, junto con los intereses de mora, conforme a los salarios establecidos y con destino a PORVENIR. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, absolvió a COLSUBSIDIO de las demás pretensiones.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que del análisis de las documentales aportadas y de las declaraciones escuchadas, la demandada no desvirtuó la presunción contenida en el artículo 24 del CST que cobija a la actora y que por el contrario, se logró colegir que existió una relación personal del servicio, donde la demandante desempeñaba sus funciones en un espacio físico de las instalaciones de la demandada y que la misma era continua, ininterrumpida, recibiendo ordenes, hechos que confirmaban la existencia de una verdadera relación de trabajo regida por un contrato laboral. No obstante lo anterior, señaló que los contratos celebrados no se dieron de manera continua sino con interrupciones, manifestando que se configuraron tres contratos de trabajos autónomos e independientes. En lo que refiere al salario percibido por la actora, precisó que el del primer contrato correspondía a la suma de \$2.556.000, el del segundo contrato a \$3.028.400 y en cuanto al tercer contrato, así: para septiembre del 2008 la suma de \$3.495.000, de octubre de 2008 a diciembre de 2008 \$3.653.000, de enero a marzo de 2009 \$3.887.157, de abril de 2009 a marzo de 2010 2010 \$3.393185, de abril del 2010 a marzo del 2011 \$3.012.000, de abril del 2011 a marzo del 2012 \$4.139.200, de abril del 2012 a diciembre del 2013 \$4.293.600, de enero del 2014 a junio de 2016 \$4.483.729. En cuanto la excepción de prescripción, señaló que la fecha de exigibilidad de los derechos correspondía al 31 de julio de 2016, fecha en la que se efectuó la terminación del contrato de trabajo y que el termino para vencerse la respectiva acción judicial sería el 31 de julio de 2019, precisando que se interrumpió el fenómeno de la prescripción con la presentación de la demanda el día 15 de agosto del 2017, sin embargo indica que los pretendidos derechos antes del 15 de agosto del 2014 se encuentran prescritos, por lo que declaró probada parcialmente la excepción de prescripción sobre los emolumentos causados y no pagados por la pasiva con anterioridad al 15 de agosto del 2014. En ese orden de ideas, precisó en torno al reconocimiento y pago de vacaciones, que estas se

causaron con posterioridad al 1º de septiembre del 2013 y no se encuentran afectadas con el fenómeno de la prescripción.

En lo que respecta a las indemnizaciones moratorias, no encontró que la conducta de la pasiva haya estado revestida de mala fe y que canceló las prestaciones que creyó deber por los contratos existentes de prestación de servicios, razón por la cual, absolvió a la demandada de estas pretensiones. Con relación a la reliquidación salarial solicitada, señaló la A quo que al no probarse que las funciones que desempeñó la actora fueran las mismas que los empleados de planta no había lugar a acceder a esta pretensión. En cuanto al reembolso de los valores al sistema de seguridad social en salud, señaló que esta pretensión no tiene sustento factico, toda vez que la demandante al haber sido contratada por prestación de servicios debía de cancelar con sus propios ingresos el valor correspondiente a la seguridad social, además, tampoco se aportó prueba alguna de haberse efectuado el pago y mucho menos se acreditó cual fue el valor que se canceló por dichos conceptos; de igual modo destacó la improcedencia del pago de los aportes a ARL; respecto de los aportes a pensión, indicó que de acuerdo a la historia laboral de la actora expedida por PORVENIR sobre las cotizaciones efectuadas entre septiembre del 2008 a julio de 2016, se reportó un IBC inferior a los salarios realmente devengados por la actora, señalando que se omitió el deber de cancelar a pensión lo correspondiente al salario realmente devengado, por lo cual, condenó a la pasiva al pago de las diferentes sumas que surjan por concepto de aportes en pensión desde septiembre de 2008 a julio de 2016, junto con los intereses de mora, de acuerdo a los salarios establecidos y con destino a PORVENIR.

Por último, señaló que era improcedente la condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa, tras señalar que el vínculo era regido por diferentes contratos de prestación de servicios, por lo que su terminación no obedeció a una decisión unilateral por parte de la demandada ya sea con o sin justa causa, sino a la finalización de la vigencia del contrato.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación en los siguientes términos: *«Solicito de los honorables magistrados se sirvan con todo respeto revisar en cada una de sus partes, el fallo en lo que le fue desfavorable a mi cliente, en atención a que su señoría en primera instancia se basa en absolver a la demandada atendiendo que las indemnizaciones se causan de forma... se tienen que ver de forma automática. Entonces, en gracia de eso, pues su señoría... el a*

quo, pues hace una serie de observaciones con respecto a las pretensiones de la demanda y decidió absolver de cargo y condena a la demandada, en tal sentido, solicito con todo respecto al honorable tribunal, se sirva revisar cada una de las pretensiones de la demanda y de las consideraciones que tuvo a bien tener su señoría para absolver a la demandada en tales conceptos, por lo demás, me siento en conformidad».

Por su parte, el apoderado judicial de la pasiva CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO COLSUBSIDIO, apela la decisión señalando que si bien el artículo 24 del CST establece una presunción por la prestación del servicio, ello no es suficiente para predicarse la existencia de un contrato de trabajo, pues de allí se desprenden dos tipos de cargas probatorias: una frente a la demandante, de probar la prestación del servicio y otra frente a la demandada, la de desvirtuar esa presunción. Frente a la primera carga, sostiene que disiente de la decisión tomada por el juzgado al señalar que tan solo con haberse aportado unos contratos de prestación de servicios y haberse fijado unos límites iniciales y finales, se prueba la prestación del servicio, manifiesta que allí son solo extremos contractuales en los cuales pudieron haber existido circunstancias que dieron lugar a la no prestación del servicio por parte de la demandante y señala que en esa medida, no por que existan diferentes contratos de prestación del servicio quiere decir que efectivamente durante esos intervalos planteados en la sentencia hubiese existido prestación efectiva del servicio; precisó que, incluso los testigos señalaron en varias oportunidades que la señora LUZ MARIA MARIN realizó diferentes viajes incluso al exterior y que efectivamente hubo interrupciones durante esos lapsos declarados en la sentencia proferida. De igual modo, señaló que esta presunción fue desvirtuada por diferentes circunstancias, una de ellas, el objeto de la prestación del servicio, que consistió en evaluar el acto médico tendiente a objetar los valores cobrados a las diferentes IPS, indicando que con ello se da a entender que existía una especialidad, un concepto específico sobre esa labor por esa modalidad contractual, señalando que lo que se necesitaba era la experiencia y el conocimiento profesional de un profesional de la salud que tuviera la suficiente autonomía y conocimiento para que pudiera hacer esa labor. Adicionalmente, señala que verificados los extremos de las relaciones laborales declaradas, no se tuvo en cuenta el contrato de trabajo al que estuvo vinculada la actora a COLSUBSIDIO, indicando que, en la franja en la que estuvo vinculada la demandante en un contrato de trabajo efectivamente se pudo verificar, analizar e identificar cuáles eran las condiciones de un contrato de trabajo y las diferencias con el de uno de prestación de servicios, señalando que como lo manifestó en el interrogatorio de parte la demandante, una de las circunstancias que acarreó que terminara el contrato de trabajo y volviera al contrato de prestación de

servicios fue el horario de trabajo, pues era claro para la demandante que en el contrato de prestación de servicios tenía autonomía horaria, siendo determinada a su voluntad y disponibilidad. Señaló de igual forma, que los testigos traídos a juicio declararon que efectivamente existía una autonomía en la distribución de las cuentas que todos los profesionales analizaban, y en las propuestas ellos fijaban una disponibilidad horaria y que esto no significaba que existiera un horario, y adicional a ello expone que el ingreso de información al software, precisamente dada a la confidencialidad de la información que reposaba en el mismo y lo correspondiente al lugar donde se prestaba presuntamente el servicio, era un lugar adecuado para que los contratistas fueran en los días que quisieran a realizar sus informes e ingresar la información, reiterando así, que la escogencia del puesto de trabajo era de total autonomía y libertad por parte de cada uno de los prestadores del servicio.

Por otra parte, expone que la franja de servicios prestados desde el 1º de enero del 2016 al 31 de junio del 2016 se dio con total libertad y autonomía, más aun cuando al 31 de diciembre del 2015, la EPS de COLSUBSIDIO se extinguió y lo que originó la prestación del servicio en ese tiempo, fue evacuación de algunas de las cuentas que habían presentado los prestadores del servicio de salud en el intervalo en el que se encontraba operativa la EPS, dando lugar a que la demandante no fuera todos los días a las instalaciones de COLSUBSIDIO. En ese sentido, estima que con lo anterior se ratifica la naturaleza de la prestación de ese servicio y que la demandante pudo tomar descansos personales, por lo que debía de cumplir un servicio no siendo necesario que tuviera un horario para presentarse en las instalaciones; finalmente, indica que la actora no fue objeto de ningún proceso disciplinario y que podía ausentarse y que con todos esos elementos se puede establecer que existe un real convencimiento de que existió un verdadero contrato de prestación de servicios, razón por la cual solicita la revocatoria de cada una de las condenas proferidas en su contra.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegaciones, la parte actora procurando que se modifique en su favor la sentencia por aquellas pretensiones que no le fueron concedidas en primera instancia. La parte accionada por su parte, en similares términos a los indicados en las apelaciones, agregando incluso, nuevos

puntos, especialmente en lo que a las condenas se refieren, señalando que no se sabía con precisión de donde se extrajeron los valores por el A quo.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión en los precisos términos del artículo 66A del CPTSS y dando alcance a la materia objeto de reproche por la demandada, establecer la procedencia o no de la existencia de un contrato de trabajo de la demandante con la persona jurídica aquí demandada, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, determinando específicamente si la accionada logró desvirtuar la presunción contenida en el art. 24 del CST.

CONSIDERACIONES

Por lo anterior, previo a abordar el estudio puntual del problema jurídico planteado, la Sala de Decisión debe advertir que la declaración judicial de la existencia de varios contratos de trabajo y las condenas fulminadas con base en ellos no fueron motivo de reproche alguno al momento de formular y sustentar los recursos interpuestos, potísima razón para que la Sala de Decisión se releve de su estudio, como pasa a verse:

La apelación interpuesta por la apoderada de la actora, antes transcrita, no aparece debidamente sustentada en los términos del art. 66 del CPTSS ya que las expresiones genéricas, de por si vagas e indeterminadas, vertidas en torno a que se le conceda aquello que le fue desfavorable y que las indemnizaciones deben concederse automáticamente, sin mencionar cuales y porque razón o motivos, no permite a esta Sala iniciar estudio alguno sobre una inconformidad planteada en esos términos, al no presentar alcance alguno, pues recuérdese que el artículo 66A de la misma obra adjetiva, impone que la sentencia de segunda instancia *«deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación»*.

En efecto, teniendo en cuenta lo anterior, es claro que en materia laboral el recurso de apelación debe ser interpuesto y sustentado en la audiencia en la cual se toma la decisión recurrida sin que sea dable sustentarlo ante esta Corporación, verbigracia, en los alegatos de conclusión; tal requisito de procedibilidad fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-493 de 2016 mediante la cual declaró exequible el artículo 66 del CPT y de la SS. Asimismo, la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia ha prohijado tal postura, indicando por ejemplo en la sentencia CSJ SL9512 de 2017, *«que la única oportunidad que se tiene*

para apelar la sentencia de primera instancia, es justamente en la audiencia en la que se dicta la sentencia y después de notificada ésta en estrados, es decir, en el mismo acto; y la interposición y sustentación de la apelación debe hacerse de forma oral, y terminada la sustentación, el juez debe conceder o denegar la apelación inmediatamente».

En ese orden de ideas, es claro para la Sala de Decisión que en materia laboral el recurso de apelación debe ser interpuesto y sustentado de manera oral una vez notificada en estrados la sentencia (artículo 66 CPTSS), indicando las razones de su inconformidad frente a la decisión de primer grado, únicas que serán materia de resolución por parte del Ad quem (artículo 66A ibídem), circunstancia que no se presentó en el presente asunto por parte de la apoderada de la demandante, dado que si bien, al momento de dictar sentencia indicó que la apelaba en lo desfavorable, no fue sustentada puntualmente; y en ese sentido, le resulta imposible a la Sala realizar estudio alguno en favor de los intereses de la demandante, con un alcance como el pretendido.

Por tal motivo, se revocará parcialmente la decisión del nueve (9) de junio del año en curso, por medio de la cual se admitió el recurso de alzada a favor de la parte demandante, para en su lugar declarar desierto el recurso impetrado por falta de sustentación, conforme a lo normado en el artículo 66 del CPT y de la SS.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

Establecido lo anterior, la Sala se ocupará inicialmente de lo relativo a la existencia del contrato de trabajo solicitado. Así pues, como este puntual problema jurídico gravita en primer lugar a la determinación de la existencia o no de una relación de trabajo entre las partes, puntualiza esta Sala que la jurisprudencia ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiéndose que los demás elementos, normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

Ahora conforme a lo establecido por el artículo 23 del C.S.T., para la existencia de un contrato de trabajo se requiere la presencia de sus tres elementos estructurales a saber: la prestación personal del servicio, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el

cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, durante todo el tiempo de celebración del contrato y un salario como retribución del servicio.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «*toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, puede concluir esta Corporación que la demandante demostró la prestación personal del servicio, pues de las piezas procesales aportadas al expediente se evidencia que se desempeñó como Auditor Médico y/o Auditora de Servicios de salud y auditoría de calidad y habilitación en la EPS'S de COLSUBSIDIO, tal como quedó consignado en los distintos contratos de prestación de servicios y otros sí a los mismos allegados al plenario (fls. 29 a 58 y 260 a 288), así mismo de las certificaciones emitidas por la accionada que da cuenta de las funciones desempeñadas por la demandante (fls. 60 a 65, 70 a 75 y 296 a 299), de igual modo las actas del Comité Conjunto de Auditoría de Servicios de Salud (fls. 160 a 175); situación que también se verificó en la prueba testimonial recabada en el proceso, donde se indicó que la labor desarrollada por la actora en la favor de la accionada COLSUBSIDIO consistía en la auditoría médica revisando cuentas médicas, incluyendo historias clínicas que hacían parte del soporte de las facturas, verificaba las tarifas y los contratos, así como verificaba informes, razón por la que, tal como se determinó en la decisión de primer grado, se activó la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo de conformidad con el artículo 24 del C.S.T., por lo que, le correspondía a la parte demandada desvirtuarla, acto que no se logró, pues ocurrió todo lo contrario según se verá a continuación.

En efecto, como ya se anunció, evidencia la Sala que se aportaron con la contestación de la demanda, además de los contratos de prestación de servicios celebrados el 01

de abril de 2006, 11 de septiembre de 2008 y el 20 de febrero de 2014, con sus respectivas prórrogas y otrosíes, y las aludidas certificaciones expedidas por la Caja de Compensación. En los términos contractuales pactados, se acredita la celebración del contrato de prestación de servicios para ejercer sus servicios de *Auditoría de servicios de Salud en la EPS'S de COLSUBSIDIO, auditoría de calidad y de habilitación mediante visitas a las IPS contratadas según cronogramas y procesos establecidos...* Sin embargo, como justamente lo que se predica es la declaración de un contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas jurídicas contenido en el artículo 53 de la Constitución Política, es necesario seguir auscultando el acervo probatorio, con la finalidad de determinar si a pesar de la suscripción del aludido texto contractual, en la realidad material de su ejecución se observaron los elementos configurativos de un contrato de trabajo.

Al efecto, se tiene que fue recibido en el plenario la declaración de los señores DEISY ELIANA CHAPARRO GARZÓN, INGIRD CAROLINA PEÑA, CLARA YANED ESTUPIÑAN ROMERO, MILTON JAVIER RAMIREZ VERA, JOSE ANTONIO CHAVEZ, GLADIS DIMARTE Y MARTHA LUCIA GIMENEZ, las tres primeras citados por la parte actora y los demás por la accionada.

La señora **DEISY ELIANA CHAPARRO GARZÓN (CD fl. 323, Min. 6:06 a 46:11)**, manifestó haber sido compañera de trabajo de la demandante en COLSUBSIDIO, desde el año 2008 a diciembre de 2015, indicó que al inicio estuvo vinculada mediante contrato de trabajo en el área de referencia y contra referencia y luego en el de auditoría médica, señaló que las funciones principales de la demandante consistían en la revisión de la cuentas medicas de las IPS, cuentas que eran asignadas por un jefe que era el coordinador, el Dr. Milton; que las cuentas se las daban a principio de cada mes, se las asignaban a la señora Luz María porque era la más antigua y le decían que repartiera a los demás compañeros, que eran aproximadamente 300 a 400 cuentas por mes. Que al final de mes tenían que hacer una reunión obligatoria donde daban a conocer los índices y cuando hacían retroalimentación; que el Dr. Milton hacía una auditoría donde se decía del porque se cancelaba o no determinada cuenta y al final era quien daba el visto bueno. Señaló que había directrices generales y criterios médicos que tenían que seguir, sobre todo, en la parte de costos. Relató que la Dra. Marta era la coordinadora financiera, quien también daba directrices de manera verbal, escrita y al correo. Explicó que la demandante cumplía un horario de ocho horas, de 8:00 A.M a 5:00 P.M. y en ocasiones en la noche cuando había inconvenientes debía estar disponible o al que estaba de turno, según horario preestablecido por el Dr. Milton cada 4 o 5 meses,

aclarando la testigo que en su caso particular sólo cumplía horario en las mañanas; señaló igualmente, que tenía un puesto de trabajo fijo en las instalaciones de la entidad y que tenía que pedir permiso verbal al Dr. Milton para ausentarse, lo cual le constaba porque ello ocurrió cuando falleció su esposo; que el sistema en el que se manejaba la información, no podía manipularse pues era de Colsubsidio y además, no se podía llevar cuentas, porque se lo prohibían, tocaba hacerlo dentro de la empresa.

Por su parte la señora **INGRID CAROLINA PEÑA (CD fl. 323, Min. 47:52 a 1:20:15)**, quien manifestó haber sido compañera de trabajo de la demandante en COLSUBSIBIO, señaló en su testimonio que la conoció laborando en esa empresa desde febrero de 2012 hasta el año 2015, desempeñando la misma labor, auditoría de cuentas médicas, la cual desempeñaba en un horario de 8:00 AM a 6:00 PM, aunque su horario era hasta las 4 de la tarde sabe que la actora se quedaba hasta más tarde, porque siempre los compañeros comentaban tal situación; indicó que trabajaban en la misma sede, que tenía un puesto de trabajo, que no era compartido, pues cada uno tenía su puesto de trabajo, su computador en las instalaciones de COLSUBSIDIO; que subían la información a la plataforma, lo cual no se podía hacer fuera de las instalaciones de COLSUBSIDIO. Que ella tenía unas IPS que eran asignadas por el Dr. Milton, su jefe, y con esa conciliaba las glosas o devoluciones; que el número de las cuentas variaba dependiendo lo que las IPS radicaba en el mes; que tenían metas, las cuales colocaba el Dr. Milton y que a ella le tocaba las IPS más grandes y siempre cumplía; agregó que en el comité para verificación de metas, siempre se llamaba la atención por no cumplir las metas o que los sacaban; que no recuerda algún llamado de atención a la actora; que les tocaba pedir permiso y se hacía comité para verificación de las metas. Indicó que nunca fueron a conciliar en las IPS; señaló que no recordaba lo de los turnos, pero que en el cargo de referencia y contra referencia si tenía en ocasiones turnos hasta tarde; que los permisos eran con el Dr. Milton siempre que se dejara todo el día; aunque no presencié que la actora haya pedido permisos, pero que siempre se hizo así; que no podían llevarse trabajo para la casa así quisieran, no se podía llevar las cuentas ni se permitía, tocaba ir todos los días y así estaba distribuido; que en la supervisión, la doctora Marta devolvía, cuando correspondía, las actas por incoherencias.

CLARA JANNETH ESTUPIÑAN ROMERO (CD fl. 323, 1:21:58 a 1:43:40), indico que trabajó para COLSUBSIDIO desde el año 2004 hasta el año 2012, primero como recepcionista y luego como secretaria, motivo por el cual conoce a la demandante como compañera de trabajo en COLSUBSIDIO; precisó que la

demandante trabajó inicialmente como auditora, después como jefe de autorizaciones y luego como auditora médica; que sabe que estaba vinculada por contrato de prestación de servicios, lo cual conocía por su labor de secretaria y que todos los contratos de auditorías pasaban por sus manos, para que le llegara a su jefe, que era el Dr. Milton Ramírez quien era el Jefe del Área de Auditoria de Calidad, siendo él el Jefe de los auditores médicos, además fue Coordinador y luego fue Jefe del Área de Garantía de Calidad. Señaló que el desempeño de la demandante siempre fue muy puntual, muy responsable, siempre llegaba a las 8 de la mañana y se iba a las 5 de la tarde y era muy cercana con el doctor Milton, era la de más confianza. Que dentro de las funciones de la demandante está la revisión de cuentas médicas, glosas; sostuvo que la demandante tenía disponibilidad telefónica en horas de la noche, conforme a los turnos rotativos por semanas, desde su teléfono, turnos que eran asignados por el Dr. Milton. Señaló que Trabajaban en el mismo piso, la veía porque estaba cerca de ella; que si se ausentaba pedía permiso al Dr. Milton y que ella sí presencié solicitudes de permiso, porque su oficina quedaba al frente de él, además primero pasaban por ella para ser atendidos, no recuerda llamados de atención a la demandante. Señaló que la demandante se llevaba cuentas medicas a la casa, especialmente en los cierres de mes, porque se aumentaba la cantidad de cuentas, al otro día las registraban; que tenían que estar siempre ahí en el horario indicado, que las únicas dos veces que se ausentó fue por el fallecimiento de su esposo y por el grado de su hija que estaba en México, por lo que tramitó con tiempo el permiso; que la actora es odontóloga, pero no tenía consultorio.

el señor **MILTON JAVIER RAMIREZ VERA (CD fl. 323, 1:45:11 a 2:48:07),,** señaló que fue Jefe de Garantía Legal en COLSUBSIDIO hasta el año 2017, por lo cual, conoció a la demandante en esa entidad; señaló que la demandante auditaba cuentas médicas y de otros servicios de salud, para ello, tenía un contrato de prestación de servicios, siendo su actividad exclusiva la auditoría de cuenta que radicaban las IPS, con las cuales tenía contrato COLSUBSIDIO, que ella era parte del grupo de auditores, los cuales verifican la pertinencia del pago de los servicios, glosaban lo que creían que era pertinente pagar por parte de la EPS; que las actividades se hacían principalmente en las instalaciones de COLSUBSIDIO y en su casa también, por el tipo de contrato, porque la cantidad de cuentas superaban los límites, pues llegaban en promedio 3000 a 4000 cuentas; pero que no cumplía horarios en la entidad; que dichas cuentas las editaba con ayuda de un programa, los conceptos, los valores que se objetaban, así como las conciliaciones; que el grupo de auditores se citaba con las IPS de acuerdo a los horarios, además ella misma hacia su agenda de trabajo; que la conciliación era autónoma, decidía los pagos,

supeditados a las normas en la materia y en salud; señaló que por el volumen de cuentas, la demandante tenía que estar todos los días, pero era libre de administrar su tiempo, que le informaba a él si se iba a ausentar, y se le decía que debía dejar las cuentas auditadas. Que él tenía contrato de trabajo, los auditores eran por prestación y los médicos clínicos. Que la experiencia de la demandante era determinante porque la experiencia a pesar de que es odontóloga tenía muchos años de experiencia. Reiteró que los auditores eran autónomos siguiendo las normas frente a tarifas, por eso expedían conceptos, sin embargo, se hacía reuniones para el seguimiento correspondiente; señaló que la distribución de las cuentas llegaba al área financiera, se clasificaba y se pasaba a los auditores, que de acuerdo al tiempo del contrato se distribuían. Sostuvo que la demandante ofreció 8 horas de trabajo, se podía llegar a la hora que quisiera a auditar las cuentas, incluso después de 5 de la tarde porque tenían un permiso especial para el ingreso; que como directora de referencia y contra-referencia era muy diferente la labor, era quien autorizaba hospitalizaciones y servicios médicos y urgencias, no tuvo nada que ver con cuentas médicas, la metodología era completamente diferente, cumplía horario, sometida a otro tipo de obligaciones. De otro lado, agregó que eran 12 o 15 auditores y se pactaba semanalmente la disponibilidad y que había unos 8 puestos y los ocupaban, no tenían propiamente un puesto de trabajo, ellos mismos elegían sus computadores; que nunca hubo llamado de atención por alguna razón; que la demandante fue una persona muy responsable, muy contenta en el área de auditoría, si auditaba más cuentas se les comisionaba. Que él como Jefe de Garantía de Calidad supervisaba los contratos de prestación de servicios y los de referencia y contra referencia; que ella tenía que rendir un informe al final como los demás auditores, para informar lo que había hecho y se hacían reuniones para ver avances, que el cuidado que tenían que tener los auditores era la de verificar las tarifas y los contratos por no correrse riesgo o pertinencia, y él verificaba los informes y las auditorías, había casos específicos donde se ventilaban los temas; sostuvo igualmente, que nunca tuvo que decirle a ningún auditor porque hizo o no hizo esto, pues no podía meterse en lo que se hacía.

Por su parte el señor **JOSE ANTONIO CHAVEZ (CD fl. 323, 2:49:01 a 3:13:15)**, mencionó que fue gerente de la EPS y por esa razón conoce a la demandante, quien se desempeñaba como auditora y revisaba cuentas médicas, la cual fue contratada por prestación de servicios, siendo ese un trabajo especializado e independiente; indicó que ellos manejaban sus horarios y eran autónomos en definir que glosaban y que no, que conciliaban y que no, el concepto era definitivo; indicó que los auditores tenían cubículos donde hacían su revisión y auditoría para

ingresar la información, lo cual hacían dependiendo de su disponibilidad de tiempo, pero no tenían establecidos tiempos, que ingresaban la información y presentaban las cuentas en el área financiera de la EPS, después de que el supervisor daba el aval; mencionó que entre ellos se repartían las cuentas dependiendo de su disponibilidad de tiempo; relató que la demandante tenía disponibilidad de 8 horas, que iba entre 3 a 4 días, en ocasiones tuvo viajes y se iba; que la demandante tuvo un periodo con COLSUBSIDIO a través de contrato de trabajo, en el cual la naturaleza del trabajo era diferente al contrato como auditora; indicó que la metodología de esta laboral era citar al tercero, a las IPS para conciliar en las instalaciones de la EPS o como acordaran, pero que eran autónomos para programar sus citas con las IPS; que se les proporcionaban la clave por temas de seguridad; que no había ningún tipo de control del ingreso de los auditores y que él nunca estuvo pendiente si ella iba o no todos los días y que tenía informado que ellos llevaban las cuentas a sus casas, y que el único control era del análisis de las auditorías.

De igual modo, la señora **GLADIS DIMARTE (CD fl. 323, 3:14:54 a 3:43:19)**, señaló haber trabajado 37 años con COLSUBSIDIO y como asesora financiera del programa del régimen subsidiado en COLSUBSIDIO en el 2005; que la demandante era auditora médica, con todas las cuentas médicas, el cual es un tema especializado donde se contrata a las personas para auditoría médica y financiera, se les daba una cuenta y las auditaban; que donde funcionaba el programa había un módulo en el cual había unos computadores donde los auditores podían estar, y que ella, los veía con frecuencia, pero que no podía decir que la demandante estaba todos los días, quien además, tuvo una interrupción donde fue contratada por la Caja entre el 2007 a 2008, cree que en el área de referencia y contra referencia donde tenía que cumplir horarios y era estresante, creyendo que por eso no continuó. Señaló que el Dr. Milton era el Jefe del área, pero no un jefe de supervisión del trabajo, sino que coordinaba. Señaló que ese programa se liquidó y se les pasó una carta de terminación a diciembre de 2015, habiendo quedado ella, la testigo, liderando el proceso de liquidación; que en diciembre de 2015 llegaron más facturas para revisión, por lo que se le pidió el favor a la señora demandante pactando honorarios por lo hecho, quien auditaba las cuentas de enero a julio, pero que eso era esporádico. De igual modo manifestó que el área financiera era la encargada de las recepciones de las cuentas que llegaban y de cuentas que se asignaban a la auditoría médica, así como de cuando se finalizaba. Señaló que todos los auditores estaban vinculados a través de honorarios; sostuvo que si bien no le constaba haber visto que se llevara las cuentas, ello era permitido; que la autonomía las tenía en el proceso de cuentas médicas y que nunca hubo objeción de que no podían conciliar con las instituciones.

Finalmente, la señora **MARTHA LUCIA GIMENEZ (CD fl. 323, 3:44:18 a 4:09:46)**, quien manifestó ser contadora pública y contadora de aportes en COLSUBSIDIO, indicó saber que la demandante estaba vinculada por un contrato de prestación de servicios porque trataba temas administrativos; señaló que para contratar un auditor, se presentaba carta, la disponibilidad, los soportes llegaban a gerencia y se tomaba la decisión de contratar o no a un auditor; que los auditores no tenían obligación de disponibilidad horaria en las instalaciones de COLSUBSIDIO; dijo saber que, había un sitio de 12 o 15 puestos donde se sentaban los auditores médicos, donde más les agradara, y a la actora, la veía en algún momento del día; que las cuentas venían con el visto bueno del doctor Milton, sobre los valores que habían auditado y glosado para pago. Que la mayoría de los auditores para que les rindiera llevaban las cuentas a sus casas y las traían al otro día para ingresarlas al sistema; agregando, asimismo, que los auditores eran autónomos de citar a otros auditores de las IPS y agendaban sus citas.

Así mismo, se rindieron interrogatorios de parte sin que de esas manifestaciones emerja con claridad la aceptación de hechos que impliquen consecuencias adversas, a título de confesión, en favor de una u otra parte (CD fl. 312).

De conformidad con lo anterior, del acervo probatorio y dando aplicación al principio de libre formación del convencimiento (art. 61 CPTSS), en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, según las cuales es dable la apreciación de los distintos medios probatorios en aras de fundamentar la decisión en aquellos elementos de prueba que le merecen mayor persuasión o credibilidad y que le permiten hallar la verdad real al juzgador, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables, la Sala puede colegir, inicialmente, que a la actora en vigencia de su vinculación jurídica le fue impuesto el cumplimiento de horarios, incluidos los turnos de disponibilidad nocturnos que laboraba y que eran verificados por quien fungía como interventor del contrato, aspecto este, que a juicio de ésta Sala de Decisión demuestra la existencia de una verdadera relación laboral, pues si bien puede afirmarse que el cumplimiento de horario no demuestra directamente una relación laboral, lo cierto es que dicha conclusión no se puede sostener cuando se evidenciaron órdenes dirigidas a prestar los servicios para los cuales fue contratada, auditora médica, pues la actora no tomaba decisiones a su libre albedrío, situación que contraría la autonomía del contratista, lo que evidencia la existencia de la subordinación jurídica, elemento indicativo de la existencia del contrato de trabajo. Sin duda, la disponibilidad –que comporta que una persona esté lista,

pronta o presta- para atender cuando se le requería, estando de turno, revela que la demandante no prestaba sus servicios de manera independiente o autónoma.

En efecto, de la prueba testimonial a la que se le imparte pleno valor probatorio y credibilidad sobre todo a la de las señoras DEISY ELIANA CHAPARRO GARZÓN, INGIRD CAROLINA PEÑA, CLARA YANED ESTUPIÑAN ROMERO, frente a las que vale señalar, no prospera la tacha que recayó sobre las dos primeras, como quiera que no se aprecia ánimo de favorecimiento a una u otra de las partes, siendo contestes y creíbles en su testimonio; de allí puede extraerse, incluso de lo dicho por los testimonios traídos a juicio por la accionada, que la demandante debía cumplir sus labores en un horario preestablecido de ocho horas dentro de las instalaciones de la entidad, con los equipos e insumos que ésta le proveía para el cabal desempeño de sus funciones y aunque allí se dijo que ese horario obedecía al ofrecimiento de la actora, éste carece de sustento probatorio; aunado a que por el hecho de llevarse trabajo para la casa, no se desdibujaría la aludida presunción, porque según los testimonios analizados esto obedecía al alto volumen de trabajo, especialmente en los cierres de mes, siendo esta, una razón más, según el dicho del señor Milton Ramírez, para que la demandante debiera estar todos los días presente, sumado al hecho de que a este le debía informar si se quería ausentar, es decir, debía solicitar permisos, los cuales le eran concedidos en la medida que debía dejar las cuentas auditadas. Todo lo anterior, aunado al hecho que si auditaba más cuentas se le comisionaba aparte de los honorarios pactados, son indicativos de una relación laboral subordinada; y si bien se indicó que esta recibía directrices u orientaciones, así como el hecho que ésta tenía la última palabra en cuanto a la aprobación de las cuentas médicas auditadas, resulta contradictorio, pues quien finalmente daba el visto bueno para el efecto era precisamente el señor Milton Ramírez.

Además, debe señalarse que se les resta credibilidad a los dichos de los testigos MILTON JAVIER RAMIREZ VERA, JOSE ANTONIO CHAVEZ, GLADIS DIMARTE y MARTHA LUCIA GIMENEZ, en la medida que sus manifestaciones fueron de carácter genérico en relación con todos los auditores, no de forma específica con la actora, de modo que en su mayoría, a estos testigos, no les constaba de forma directa la forma en que se ejercía la labor encomendada por parte de esta. Ahora, respecto a estas labores que por demás no podía ejercer de manera autónoma según el contrato de prestación de servicios, en tanto no lo podía delegar o ceder a un tercero, así lo ratifican estos últimos, al señalar que por su idoneidad y experiencia es que se le había contratado, debe decirse que resulta razonable colegir que las actividades descritas en las obligaciones asignadas a la demandante se ajustan más a una relación laboral subordinada, que a una de servicios profesionales independientes,

pues si se observa, estos hacían parte del engranaje propio del objeto social, en su momento, de la entidad demandada en su calidad de EPS´S.

De otra parte, no puede pasarse por alto que dicha relación contractual no fue efímera ni fugaz, sino, antes por el contrario, duradera y prolongada, lo cual, implica la continuidad y regularidad de una relación de trabajo personal y desdice de un contrato de prestación de servicios, que se caracteriza por ser temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y solo el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido (CC C-614 de 2019).

Al respecto, vale la pena traer a colación lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL4143-2019, donde se explicó con claridad las características de las modalidades contractuales objeto de litis:

«Cuando el contratista es una persona natural, este convenio se encuadra en el marco genérico de los contratos de prestación de servicios. Y sobre el particular, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el acatamiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

*Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. **Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.** (Subrayas al margen).*

En este sentido, dando alcance a este último punto del Alto Tribunal, estima la Sala que ello fue lo que ocurrió en el presente caso, dichas acciones de supervisión, vigilancia e imposición de horarios, se desbordaron al punto de desfigurar la contratación, que por demás se mantuvo al menos en el último de los contratos, por más de ocho (8), mediante prórrogas u otros sí. Así pues, antes que revelar signos de autonomía e independencia, la prueba analizada en su conjunto y bajo el prisma de un sereno juicio crítico, muestra una conducta propia de un empleador que determina la jornada de trabajo y el salario de su trabajador, esto es, contiene en toda su dimensión la expresión de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de

trabajo, que se corresponden con la subordinación jurídica que distingue al contrato de trabajo.

Así las cosas, se concluye que la celebración de un contrato de prestación de servicios no resulta suficiente para probar que se prestaron sus servicios de manera autónoma e independiente, pues del análisis conjunto de la prueba y dando aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas (Art. 53 CN), se descarta la autonomía e independencia que proclama la accionada, por el contrario, se evidenció subordinación jurídica de la actora respecto de la demandada en la ejecución de sus labores. De tal modo, la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia de contrato de trabajo, sustentada en la demostración de la relación de trabajo personal, lo cual impone la confirmación de la decisión de primer grado.

En ese orden de ideas y al estar demostrada la existencia del contrato de trabajo en los términos expuestos y al no haberse presentado de manera puntual en el momento procesal correspondiente, reparo alguno respecto de las condenas fulminadas en la oportunidad procesal correspondiente, no es dable adelantar juicio de valor alguno sobre los conceptos o montos que en contra de la demandada fueron fulminados, tal y como igualmente se apreció frente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, por lo que se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

Finalmente, como ya se indicó al inicio de estas consideraciones, se reitera a las partes que la oportunidad para rebatir la sentencia de primer grado y sustentar debidamente los motivos de inconformidad contra ella, no es otra que en la primera instancia y en estrados, una vez se profiere la decisión del juzgador de instancia y no en los alegatos de conclusión de la segunda instancia como se pretendió por parte de los litigantes, de modo que no resultan admisibles los argumentos tendientes a proponer puntos nuevos ni sustentar la inconformidad contra ella, pues no fueron esbozados en esa oportunidad. De este modo, se indica que, con las consideraciones antes vertidas, se agotó la competencia de esta Sala de Decisión para pronunciarse.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el auto del veinte (20) de febrero de 2020 proferido por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar declarar desierto el recurso de apelación impetrado por la parte actora contra la sentencia proferida por el A quo el veinte (20) de febrero de 2020, por falta de sustentación, según las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

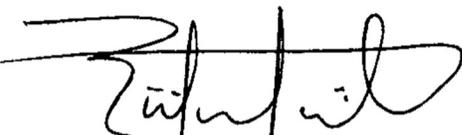
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALALABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LORENZO SOLIS MORALES contra FONDO PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA Y OTRO Rad. 110013105-024-2017-00635-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2020 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

DEMANDA:

El señor **LORENZO SOLIS MORALES** pretende que se condene a las demandadas a reliquidar el monto de la primera mesada pensional de la pensión de jubilación de origen convencional que fue otorgada por **ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA**, incluidas las primas percibidas, con una base salarial de \$194.949.20, que se liquide, reconozca y pague la diferencia entre lo pagado y lo que debió pagarse por mesadas causadas, incluidas las adicionales de junio y diciembre de cada año, con base en el valor que resulte de aplicar la reliquidación de la primera mesada pensional desde el momento en que se reconoció la pensión y hasta cuando se le reconozca el valor real en la nómina de pensionados.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que trabajó en la empresa ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA entre el 18 de mayo de 1966 y el 31 de diciembre de 1987, que se le otorgó pensión de jubilación de origen convencional mediante Resolución No.00067 del 21 de diciembre de 1987 a partir del 1 de enero de 1988. Que mediante Resolución No.000074 del 04 de marzo de 1998, se le reconoció la pensión de vejez a cargo del ISS, siendo compartida con la reconocida por parte ALCALIS, por lo que se le cancela el mayor valor respecto de la pensión de vejez. Sostiene que ALCALIS de Colombia debió liquidar la prestación inicial teniendo en cuenta como ingreso base de liquidación la suma de \$194.949.20 y no de \$180.736.96 como equivocadamente se hizo, de modo que al aplicar la tasa de remplazo surge como primera mesada la suma de \$146.212 y no de \$135.573 como se liquidó. Agrega para tal efecto, que debe agregarse al devengado en el último año de servicios, parte proporcional de la última prima de antigüedad devengada y debe darse aplicación al artículo 127 del CST (fls. 2 a 5).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

LA NACION- MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto ante una eventual condena, la entidad llamada a realizar el reconocimiento del derecho sería el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia quien es la entidad facultada legalmente para ello. Adicionalmente, señala que en la pensión de jubilación efectuada por ALCALIS se tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales, los cuales sirvieron de base para determinar el salario que originó la primera mesada pensional, tal y como se evidencia en la Resolución No. 0067 del 21 de diciembre de 1987, la cual se encuentra debidamente ejecutoriada y goza de presunción de legalidad. Así mismo, agrega no existir fundamento legal ni convencional que permitan inferir que las pretensiones del demandante tienen vocación de prosperidad, ya que ni el Decreto 1848 de 1949 ni la Convención Colectiva de 1992-1994, disponen el reconocimiento pensional en los estrictos términos solicitados en la demanda, por lo que la reliquidación pretendida es totalmente improcedente. Como excepciones previas, presentó la de «falta de legitimación en la causa por pasiva»; y como excepciones de mérito propuso las de «inexistencia de la obligación» y «compensación y buena fe» (fls.27 a 29 fte. y vto.).

Por su parte, el **FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto, que en el presente caso no procede la reliquidación de la primera mesada pensional, ya que dichos factores

fueron tenidos en cuenta para la liquidación de la primera mesada pensional y porque la reclamación no se encuentra sustentada respecto a los factores que supuestamente no fueron tenidos en cuenta en la liquidación efectuada en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión. Aunado a lo anterior, advirtió que dentro de la convención colectiva de trabajo, sólo se contempla como factor salarial extralegal para la liquidación de las pensiones la prima de antigüedad consagrada en el artículo 134 de la Convención Colectiva de Trabajo 1992-1994, por ello señaló que, entre de los factores salariales se encuentran relacionados y tenidos en cuenta tanto la prima de antigüedad, como el salario en especie. Como excepciones de mérito, propuso las de «inexistencia del derecho reclamado»; «cobro de lo no debido»; «falta de causa y título para pedir»; «pago»; «prescripción»; «genérica»; «buena fe» y «presunción de legalidad de los actos administrativos» (fls. 40 a 47).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 24 de febrero de 2020, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior conclusión, precisó que la pensión de jubilación fue reconocida de acuerdo con la convención colectiva de trabajo vigente en la empresa ALCALIS DE COLOMBIA, la cual se reconoce a los trabajadores que hubieren prestado servicios por un término de 20 años continuos o discontinuas y que tuviera 50 años de edad, y para efectos de liquidar el ingreso base de liquidación, correspondía al 75% del promedio de los salarios y primas devengados por el trabajador en el último año de servicios, de modo que para efectos de liquidar la pensión se tuvo en cuenta como promedio salarial lo así devengado. En tal sentido, estableció que no existía discusión en cuanto a que el reconocimiento pensional tuvo su fuente en una convención colectiva, no obstante, la parte actora no cumplió con la carga de la prueba de allegar la convención colectiva puesto que no fue aportada al plenario, por tanto, señaló que no era válido reconocer derechos cuyo fundamento tengan como base una convención colectiva. No obstante ello, recordó que el actor prestó servicios desde el 18 de mayo 1966 hasta el 31 diciembre del 1987, por tanto, estimó que el promedio de los salarios debían ser los comprendidos entre el 01 de enero a 31 de diciembre de 1987 y por ello, debía tenerse en cuenta los factores señalados por el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 para obtener el ingreso base de liquidación de la pensión, en los cuales se relaciona como salario promedio de liquidación la suma de \$187.095.45 advirtiendo que se toma un sueldo básico de

94.270 (folio 68) que percibió a partir del 01 de julio de 1987, concluyendo así, que no se encontraba acreditado qué valor recibía el demandante como salario.

Finalmente, indicó que aunque el demandante fundamenta sus peticiones en el artículo 127 CST, éste ostentaba la calidad de trabajador oficial, por tanto no se le podía aplicar la normatividad que se aplica a los trabajadores particulares, y de acuerdo con lo anterior, estimó que al no haberse indicado cuáles eran los factores que no se incluyeron para obtener el ingreso base de liquidación y no existe claridad sobre los valores tenidos en cuenta en la liquidación definitiva de prestaciones sociales, con lo cual se debía indicar que no se cuenta con material probatorio suficiente para poder determinar cada uno de los factores salariales.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión; el cual sustentó indicando en primer lugar, que la Convención Colectiva de Trabajo simplemente está inscrita en la parte de la norma convencional en la que se le otorga la pensión, pero que, en la Convención Colectiva de Trabajo jamás se habló de cómo se debía liquidar la prestación; que precisamente en el artículo décimo primero de la Resolución que otorgó la pensión, está establecido que el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 establece que el valor de la pensión de jubilación será el equivalente al 75% del promedio de los salarios y demás emolumentos devengados por el trabajador en el último año de servicios, hecho que se demostró en la certificación que envió el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, que conserva los archivos y las liquidaciones de la entidad, y que no se tuvo en cuenta. Señaló que, como se trata de una pensión convencional se remite al artículo 127 del CST y no a los acuerdos generales para los trabajadores oficiales ni empleados públicos y en el caso de la convención colectiva se remite siempre al Código Sustantivo del Trabajo, por eso se señaló que los elementos integrales del salario son los que ahí están plasmados, por ello debe dársele aplicación a una norma supletoria cuando no haya norma exactamente aplicable al caso, por lo que se deben aplicar las que regulan casos o materias semejantes, por lo tanto debe aplicarse el Decreto 1848 de 1969 como norma supletoria y que fue la que se estableció en la Resolución que otorgó la pensión convencional al Señor Lorenzo Solís Morales.

SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con el artículo 66A del CPT y SS, esta Sala de decisión deberá determinar si le asiste la razón al demandante en cuanto hay lugar a reliquidar el monto de la pensión de jubilación que le fue reconocida mediante la Resolución No. 0067 del 21 de diciembre de 1987, teniendo en cuenta para ello el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

CONSIDERACIONES

Para resolver, se precisa que son hechos debidamente acreditados y no objeto de debate dentro del proceso los relacionados con que el demandante laboró al servicio de ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA, EN LIQUIDACIÓN entre el 18 de mayo de 1966 y el 01 de enero de 1988 (fls. 6 a 11, 66 y 74), que en tal virtud, dicha entidad le reconoció pensión de jubilación convencional por haber cumplido 21 años, 7 meses y 9 días de servicios y 50 años de edad, en los términos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo vigente para la época (fl. 9 a 11); que tal derecho le fue reconocido en cuantía equivalente al 75% del promedio del salario percibido en el último año de servicios y para el efecto se tuvieron en cuenta el salario, prima legal, prima extralegal, prima de vacaciones, prima de antigüedad, auxilio de escolaridad, vacaciones, horas extras, vigilancias y recargo de turnos, lo cual arrojó un promedio mensual de \$180.763,96 (\$2.169.167,54/12), (*75%) para una mesada de \$135.572,97, tal como se observa en la Resolución No. 0067 del 21 de diciembre de 1987 expedida por ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA-ALCO LTDA.

Ahora bien, conforme se desprende del acto administrativo primigenio mediante el cual se reconoció la pensión, se tiene que la misma tuvo como fuente genitora la Convención Colectiva de Trabajo suscrita (al parecer) entre ALCALIS DE COLOMBIA y su Sindicato de Trabajadores, y allí se estatuyó que se reconocería la pensión de jubilación a aquellos trabajadores que hayan prestado sus servicios a esa empresa por espacio de 20 años continuos o discontinuos, y que tuvieran una edad 50 años o más.

Precisado lo anterior, encuentra esta Sala de decisión, que acertó el Juzgado de primera instancia al echar de menos la Convención Colectiva a que se hizo referencia

en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión. Al punto conviene recordar, que como lo ha sostenido de manera reiterada el órgano de cierre de la especialidad laboral, las convenciones colectivas consagran prerrogativas, beneficios y derechos que se pactan entre las partes en términos particulares y expresos acorde con las condiciones que gobernaban las relaciones de trabajo entre empleador y la agrupación sindicalizada de trabajadores en la respectiva negociación, y por ende, las mismas no pueden alterarse en beneficio de ninguno de los suscribientes, de modo que de allí es que radica la necesidad insoslayable de que sea aportada al escenario judicial donde se invocada como fuente normativa del derecho, pues sólo así se puede determinar de manera fehaciente por parte del operador judicial, en materia de reliquidaciones de pensiones convencionales, cuál es la manera de calcular la primera mesada pensional de quien pretenda el amparo del acuerdo colectivo, pues de ninguna manera se puede acudir a las propias manifestaciones hechas ya sea por la empleadora en el acto administrativo de reconocimiento o del actor en la demanda, así también lo ha entendido el Alto Tribunal de esta especialidad, en reciente pronunciamiento del 21 de noviembre de 2017, rad. 55620, en la que en caso similar al que aquí se debate, dijo:

*«De allí, que era de suma importancia que se aportara al plenario el instrumento del cual emana el derecho, para de esta forma, determinar con sustento en él, **cuál era la manera de calcular la primera mesada pensional del actor y no acudir a otras disposiciones ajenas a las manifestaciones realizadas por la empresa y sus trabajadores**».*

De igual forma, en el pronunciamiento que se trae como referente, razonó la mencionada Colegiatura que acreditado que la pensión cuestionada es de origen convencional, no resulta desacertada la postura encaminada a exigir que obre dentro del acervo probatorio tal instrumento convencional, para determinar a partir de allí las condiciones en que se debe reconocer el mentado derecho, y en esa sindéresis agregó:

«Pues bien, el ad quem para arribar a su decisión, verificó que al actor se le reconoció y una pensión de carácter convencional a través de la resolución 2247 de 11 de diciembre de 2000, en la que se tomó a efectos de hallar el monto de la prestación, el promedio de lo devengado entre los años 1994 a 2000, la cual, posteriormente, fue reliquidada mediante Resolución n.º 0176 de 30 de enero de 2002, teniendo en cuenta lo devengado desde el año 1994 hasta el 2001.

Igualmente, concluyó que en el plenario no obraba la convención colectiva que consagró la referida prestación y, por tanto, no era dable otorgar la reliquidación deprecada.

Dicha intelección, lejos está de constituir un yerro fáctico evidente y protuberante que amerite el quebrantamiento de la sentencia impugnada, pues precisamente, de los actos administrativos enunciados se puede deducir que la prestación de jubilación otorgada al demandante fue de origen convencional,

Así las cosas, es un hecho indiscutido e indiscutible que la pensión reconocida al actor por Caprecom fue de origen convencional -tal y como lo determinó el Tribunal y lo acepta el recurrente-, por lo que, en principio, es tal instrumento el que determina la forma de calcular el IBL, así como los factores salariales que lo integran».

Decantado lo anterior, ello sería suficiente para dar al traste con los pedimentos del libelo genitor; no obstante, en gracia discusión, encuentra esta Sala de Decisión, que tal y como lo sostuvo el A quo, efectivamente una vez se procedió a la liquidación de la prestación pensional por parte de la encartada, allí se tuvo en cuenta todos los factores salariales que aparecen en el certificado de folios 80 y 81 allegado por la accionada, inclusive, encuentra la Sala que el promedio salarial corresponde al que se calculó al momento del reconocimiento pensional de \$180.763,96 durante el último año de servicios, incluidas las primas de antigüedad por \$94.245, sin que se haya encontrado certificada la suma de \$7.853 que se indica en el libelo inicial, razón por la cual, en todo caso no habría lugar a ordenar la reliquidación pretendida en los términos planteados en la demanda genitora.

Conforme a lo expuesto, incumplió la parte actora con la obligación probatoria que le asistía de acuerdo con las reglas de la carga de la prueba contenidas en el artículo 167 del actual Código General del Proceso, aplicable a las causas judiciales del trabajo y de la seguridad social, acorde con lo dispuesto en el artículo 145 del estatuto de la materia-, que exige a las partes *«probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen»*, omisión irreparable que impide así la prosperidad de la peticiones.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia. Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

DECISIÓN

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

RESUELVE

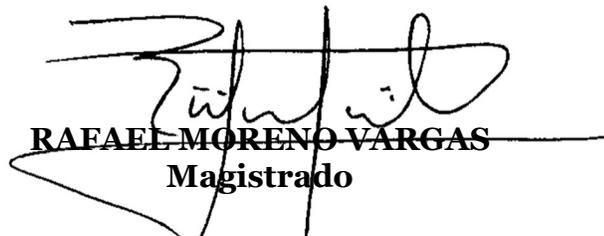
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme se consideró en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de OLGA LUCIA ESPINOSA contra
HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S. Rad. 11001 31 05 030 2017
00727 01.**

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra la decisión proferida el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de febrero de 2020.

ANTECEDENTES

DEMANDA

La señora OLGA LUCIA ESPINOSA instauró demanda ordinaria en contra de HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S, con la finalidad de que se declare la ineficacia del contrato de transacción suscrito el 29 de abril de 2016, así como declarar ilegal el descuento efectuado por concepto de retención en la fuente al momento de pagar la liquidación final de prestaciones sociales; que se declare que la parte pasiva le canceló de manera habitual un “*auxilio no salarial de gratificación*” a partir del 10 de octubre de 2008 hasta el 30 de abril de 2016, y que estos pagos no

fueron tenidos en cuenta como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales y los aportes al sistema de seguridad social durante la relación laboral.

Conforme a lo anterior, solicitó como condenas principales el reconocimiento y pago de la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato, la reliquidación de la prima de servicios, de las vacaciones, de las cesantías, de los intereses a las cesantías, los aportes a salud y pensiones causadas entre el 10 de octubre de 2008 hasta el treinta de abril de 2016, teniendo en cuenta las sumas de dinero pagadas por concepto de “auxilio no salarial de gratificación”; al pago de la indemnización moratoria, a la indexación, a lo ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Como pretensiones subsidiarias, peticionó se ordene el reintegro de la suma de \$7.852.800 o el valor que se determine por concepto de mayor valor retenido por retención en la fuente. Así mismo, solicitó la reliquidación de la prima de servicios, de las vacaciones, de las cesantías, de los intereses a las cesantías, de los aportes a salud y pensión causados entre el 10 de octubre de 2008 hasta el treinta de abril de 2016, teniendo en cuenta las sumas de dinero pagadas por concepto de “auxilio no salarial de gratificación”; al pago de la indemnización moratoria, a la indexación, a lo ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que suscribió contrato laboral de trabajo a término indefinido con la sociedad Hoteles Decamerón Colombia S.A.S. a partir del 10 de octubre de 2008 y el 30 de mayo de 2015 se suscribió otro si fijando salario, incentivos y exclusión salarial. El último cargo desempeñado fue el de jefe de recursos humanos, el último salario devengado fue de \$6.150.000. Aunado a lo anterior, refirió que la empresa desde el inicio de la relación laboral mediante comunicaciones internas estableció planes de incentivos mensuales por el cumplimiento de metas comerciales, las cuales se pagaban en efectivo bajo el nombre de comisiones, gratificaciones o auxilio no salarial, pero no eran tenidas en cuenta como factor prestacional durante toda la relación laboral para liquidar las prestaciones sociales. Para el periodo de abril de 2016 la empresa modificó el procedimiento de retención en la fuente aplicando el artículo 384 del estatuto tributario.

El 29 de abril de 2016 el director de talento le informó a la demandante la decisión unilateral de terminar el contrato de trabajo, que con dicha decisión se indujo a la actora para que el 30 de abril de 2016 suscribiera contrato de transacción, acuerdo

que se encuentra viciado de nulidad por estar coaccionada y por ser inducida en error al momento de firmarlo dado que se desconocieron derechos irrenunciables como el salario. Por otro lado, afirma que la pasiva le descontó de manera ilegal la suma de \$7.852.800 por concepto de mayor valor en la retención en la fuente, y la demandada se encuentra en mora de reconocer y pagar la totalidad de acreencias laborales. (fls.111 a 120).

CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada **HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S.** contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones por ser improcedentes puesto que no le asiste derecho a reclamar, de conformidad a las pruebas aportadas y a las excepciones de mérito formuladas, y en el mismo sentido existen algunos pagos que no constituyen salario tales como las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, por lo cual el empleador y trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, y con respecto a la terminación del contrato puesto que se pretende que se declare despido injustificado, se debe indicar que en la transacción válida y eficaz suscrita por las partes se dejó sentado que la terminación se realizó por mutuo acuerdo entre las partes. Formuló como excepciones de mérito «inexistencia de la obligación a cargo de la demandada y cobro de lo no debido»; «contrato de transacción y cosa juzgada»; «buena fe exenta de culpa»; «compensación»; «nulidad relativa y prescripción extintiva de obligaciones dinerarias». (fls.148 a 190).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 18 de febrero de 2020, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido y absolvió a la parte demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a dichas conclusiones, señaló que está demostrado que la partes aceptan la existencia del contrato a término indefinido desde el 10 de octubre de 2008 así como la labor desempeñada por la actora que fue la de coordinadora de recursos humanos, con un salario inicial de \$1.600.000 como remuneración fija, y con fecha de terminación por el contrato de transacción suscrito el 21 de abril del 2016; así

mismo se firmó un otro sí visto donde se pactó un salario fijo mensual de \$5.760.000 y adicionalmente en la cláusula tercera una exclusión salarial que denominaron auxilio de alimentación, auxilio no salarial de gratificación, cuya causación se tendría solo si los requisitos y metas comerciales se cumplían satisfactoriamente.

Establecido lo anterior, el A quo considera que lo pretendido es que se reconozca ese valor no salarial denominado “*gratificación como factor salarial*”, y según el análisis de los testigos y de los interrogatorios, se encuentra que no se indujo en error a la trabajadora, así mismo la ley permite este tipo de transacciones, máxime si estamos hablando de una persona que es capaz profesionalmente y no se configuró algún tipo de error, fuerza o dolo, por lo que las partes de mutuo acuerdo decidieron dar por terminado el contrato de trabajo.

Frente a la devolución del valor descontado por retención en la fuente, consideró que este se trata de un pago anticipado de retención en la fuente, que es precisamente para el impuesto de renta por los conceptos que recibió como retribución de sus servicios y el trámite de la devolución debe realizarse ante la DIAN, toda vez que estos pagos ya entraron a las arcas del Estado y por consiguiente esta es la entidad a la que correspondería su estudio una vez sea elevada la reclamación correspondiente.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte demandante apeló la decisión, indicando que se deben estudiar los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa e in dubio pro operario y derechos fundamentales, como también el artículo 43 del código sustantivo de trabajo en relación con las cláusulas ineficaces, así mismo se debe estudiar a fondo el acuerdo de transacción por ser ineficaz y la nulidad del mismo. En cuanto a la retención en la fuente y el haber pagado a la DIAN una suma mayor es un error que no tiene por qué recaer en el trabajador, y así debe ser asumido por el empleador.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora indica que se ratifica en las pretensiones, hechos y los argumentos expuestos en el texto de la demanda y lo alegado en la

sustentación del recurso de apelación, en el sentido que el operador judicial debe desatar el asunto en aplicación integral de los principios constitucionales y legales que rigen el derecho laboral, en especial el principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad en relación al contrato de transacción.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar si el contrato de transacción suscrito el 29 de abril de 2016 es ineficaz o tiene plena validez y, de ser procedente, estudiar la viabilidad de las demás pretensiones elevadas en la demanda. Por último, se definirá la suerte de la inconformidad relacionada con la retención en la fuente que se le practicó a la demandante por el empleador.

CONSIDERACIONES

Para decidir el problema jurídico, advierte la Sala que no existió discusión respecto de la existencia del contrato de trabajo a término celebrado entre las partes, razón por la cual, tal situación se mantendrá incólume según el principio de consonancia contemplado en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., por lo tanto, así se procederá.

En lo que atañe a la declaratoria de ineficacia del contrato de transacción celebrada entre las partes el 29 de abril de 2016, vale la pena resaltar que de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del CST, allí se determina que la transacción en los asuntos del trabajo es válida salvo cuando dicho acto recaiga sobre derechos ciertos e indiscutibles; así mismo, se resalta que la transacción en materia laboral es un mecanismo a través del cual las partes llegan a un acuerdo de sus diferencias de manera amigable y voluntaria, regula y avala la voluntad acordada entre las partes y que además pone fin de manera parcial o total a las diferencias de ambos extremos; también el efecto de esta transacción que como ya se hizo mención en precedencia hace tránsito a cosa juzgada, siempre y cuando la misma no verse sobre derechos ciertos e indiscutibles.

Así las cosas, para que un acuerdo transaccional sea declarado como nulo o ineficaz es menester demostrar que dentro del mismo medió u ocurrió un vicio del consentimiento en alguna de las partes, esto es el error, la fuerza o el dolo, al tenor literal del artículo 1508 del código civil que consagra que «(...) *Los vicios de que pueda adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo...*», requisitos que a su

turno son reproducidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹, que ha considerado que para probar la invalidez de un acuerdo conciliatorio, o en el presente proceso el acuerdo transaccional celebrado, se debe determinar la existencia de vicios en el consentimiento al momento de suscribirlo, que impida el cumplimiento de la obligación pactada, como de vieja data lo ha considerado la citada Corporación.

De lo anterior, resulta claro que no cualquier circunstancia que se presente en o con ocasión de un acto jurídico ha de ser calificado como un vicio del consentimiento por no estar una parte involucrada, a posteriori, de acuerdo con él, pues se requiere que al momento de ocurrir el hecho o acto jurídico, el vicio de que adolece se presente o influya determinantemente en el juicio o sobre el ánimo de una persona, o que este genere la imposición de una fuerza tal que repercuta en la libre voluntad de la víctima alterando de manera notable o sustancial su leal y prudente juicio.

Al respecto, vale la pena indicar que dentro del plenario se probó que las partes pactaron de manera libre y voluntaria dar por terminado el contrato de trabajo que los unió desde el 10 de octubre de 2008 hasta el 30 de abril de 2016, así mismo, se acordó que el último salario base para el cálculo de todos los derechos laborales es la suma de \$6.150.000, que durante toda la vigencia de la relación laboral siempre se le pagó a la trabajadora la totalidad de sus derechos laborales y, en consecuencia, no le debe suma alguna; De igual modo, ratificaron que la bonificación, así como todos los beneficios extralegales que recibió la trabajadora durante la vigencia del contrato de trabajo, fueron concedidos por mera liberalidad del empleador y nunca constituyeron salario para ningún efecto; en virtud de lo anterior, se acordó el pago de una suma transaccional de \$54.239.442 por liquidación final de salarios, vacaciones, bonificaciones y la contraprestación transaccional (fls.25 a 32).

Tal como se pactó en el aludido documento, las partes suscribieron el acuerdo de transacción el 29 de abril de 2016, en el cual se reiteró la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, en consecuencia la empresa le pagó a la actora la liquidación definitiva de prestaciones sociales, así como la suma acordada como contraprestación transaccional, así mismo, se autorizó el descuento por concepto de aportes a salud y pensión del mes de abril, aportes a fondo de solidaridad, retención en la fuente, y uno por concepto de préstamo concedido a la demandante, arrojando una suma neta a pagar de \$40.045.948, la cual fue cancelada a través de transferencia electrónica a la cuenta que tenía la trabajadora registrada en nómina.

¹ Sentencia identificada con el No. SL11339-2017 radicada al No. 50688 del 2 de agosto de 2017.

En razón a lo pactado, en la cláusula 2.8 las partes transigieron todas las actuales o eventuales diferencias derivadas de la relación laboral que los vinculó y la forma de terminación dándole al presente acuerdo el valor de transacción, con efectos de cosa juzgada en los términos del artículo 15 del C.S.T., y en consecuencia, la demandante en su calidad de trabajadora declaró a paz y salvo a la empresa por concepto de salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones legales y extralegales, medios de transporte, bonos, vacaciones, gastos de viajes, viáticos, salario base de liquidación de prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social e indemnizaciones, aportes al sistema de seguridad social, deducciones y descuentos, y/o reajustes de prestaciones sociales, salarios y/o de derechos laborales; así como cualquier derecho incierto y discutible, presente o futuro derivado directa o indirectamente de la relación mencionada (fl.28).

Acreditado lo anterior, la Corporación debe analizar si al momento de la suscripción del contrato de transacción fue coaccionada e inducida en error, empero, revisado el material probatorio aportado, se aprecia que tales situaciones no se demostraron, pues en dicho acto las partes fueron claras y precisas en indicar que el acuerdo se dio en razón al ofrecimiento transaccional, que negociaron libremente los términos y condiciones del contrato y que lo suscribieron de manera voluntaria, lo que demuestra que en la celebración del acuerdo transaccional no aparece que hubieren mediado vicios en el consentimiento.

Aunado a lo anterior, se debe recordar que la parte actora en su interrogatorio de parte afirmó que a ella *“la llamó el nuevo director Antonio el 29 de abril de 2016, a solas, le presentó una serie de documentos, le indicó que la empresa había tomado la decisión de que fuera retirada de la empresa y que a cambio se le entregaría una suma transaccional, a lo cual la actora preguntó que pasaba si ella no firmaba el acuerdo, a lo cual le contestaron que la sacaban y no se lleva nada”*, pero de ello, en particular de la respuesta que según ella se le ofreció ante su inquietud, no existe elemento de prueba que permita verificar dichas circunstancias, como para entrar a estudiar una eventual coacción o constreñimiento, dado que la demandante manifestó en la misma declaración que *“al momento de suscribir el acuerdo de transacción se encontraba sola con el señor EYER ANTONIO SÁNCHEZ OTERO”*. Aunado a lo anterior, se debe indicar que si bien se practicó la declaración de la señora LEANDRA PAOLA MURCIA MORALES, testigo de la parte actora, el mismo no es suficiente para demostrar las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que se suscribió el contrato de transacción del 29 de abril de 2016, por cuanto refirió que *“No estuvo presente a firma del acuerdo transaccional”*; de igual forma dicha

versión no se constituye en elemento de juicio suficiente para acreditar la existencia de las presuntas presiones a las que fue sometida la recurrente para suscribir el contrato debatido, dado que la declarante indicó que *“esta situación se la contó la demandante, debido a que no estuvo presente”*.

De lo anterior, no puede arribar ésta Sala de Decisión a una conclusión distinta a la definida por la juez de primer grado, toda vez que, con el acervo probatorio incorporado y en uso de las reglas de la sana crítica en su ponderación y valoración, no se demostró acto alguno como los que alega la demandante y que constituyeren los vicios de consentimiento en la celebración del acuerdo transaccional, situación que no da lugar a declarar la nulidad pretendida, por lo menos por éste aspecto, huérfano de toda demostración por la parte actora.

Por otro lado, aun así, la Corporación considera necesario analizar, con sereno juicio crítico, el contenido del contrato de transacción suscrito por las partes a fin de establecer si este ha versado sobre derechos inciertos y por lo tanto discutibles, toda vez que ésta facultad se restringe e incluso se prohíbe cuando se afectan derechos ciertos e indiscutibles, ya que en materia laboral rige el principio tuitivo en favor del trabajador, bajo la premisa de que el trabajo goza de la especial protección del Estado, por lo que los funcionarios públicos están obligados a prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, por lo que en estos casos es necesario determinar que el acuerdo transaccional no hubiere recaído sobre los aludidos derechos mínimos a favor del trabajador.

Es por ello que en materia laboral, los artículos 13, 15 y 43 del CST contienen una proposición jurídica inquebrantable en cuanto precisa que la ley sustantiva solo consagra un mínimo de derechos y garantías en favor de los trabajadores, por lo que toda convención o pacto celebrado con vulneración de ese mínimo es nulo y carece de efectos.

Así las cosas, conforme a lo expuesto en precedencia y del contenido del contrato de transacción, puede concluir esta Corporación que en la suscripción de este no existe ninguna clase de vicio o anomalía alguna que conlleve a determinar que no goza de validez, pues la demandante en ningún momento fue inducida a actuar bajo presión o constreñimiento alguno al suscribir con la empresa demandada en este juicio el acuerdo que la contiene. Además de lo anterior, no es dable exponer que lo acordado dentro de la conciliación refería o trataba sobre derechos ciertos e indiscutibles,

como quiera que del contenido de la misma quedó claro que el último salario base para el cálculo de todos los derechos laborales causados es la suma de \$6.150.000 y también allí que pagos NO CONSTITUÍAN SALARIO (cláusula primera), pacto de desalarización que es viable a la luz de los artículos 127 y 128 del CST, y que permite concluir que lo transado versaba sobre derechos inciertos y discutibles precisamente por la naturaleza de los pagos extra salariales, es decir, que no se trataba del salario propio de la actora y que lo acordado se verificaba de manera completamente independiente a la liquidación de acreencias laborales, circunstancia por la cual la decisión de primer grado deberá ser confirmada en este puntual aspecto.

Por otro lado, la Sala de Decisión considera que en el presente asunto no es viable la aplicación del indubio pro operario en atención a que esta solo se aplica con respecto a las normas jurídicas y no frente a la duda que puede surgir de la valoración de los medios probatorios, toda vez que la duda que obliga al juez laboral a acoger la interpretación más favorable se produce cuando este encuentra al menos dos disposiciones normativas cuyo lógico entendimiento hace posible su aplicación al caso concreto, pero no en los eventos de incertidumbre del análisis probatorio por incumplir una de las partes sus cargas en este sentido (Sentencia 44753 de 2013), tal y como se presentó en este caso, en donde la parte actora no allegó los elementos de juicio suficientes para demostrar la ocurrencia de la presunta presión que sufrió por parte de su ex empleador para suscribir el contrato de transacción del 29 de abril de 2016.

En cuanto al reparo presentado sobre la retención en la fuente y el haber pagado a la DIAN una suma mayor a la que le correspondía, la Corporación considera que dicho aspecto no es dable estudiarlo dada la validez del contrato de transacción suscrito por las partes de manera libre y voluntaria el 29 de abril de 2016, dado que dicho descuento fue acordado en el numeral 2.5 de la cláusula segunda, lo que conlleva a que el mismo se constituya en cosa juzgada, sin perjuicio de una eventual reclamación de su devolución ante la autoridad competente.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primer grado en virtud de los argumentos expuestos en precedencia.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

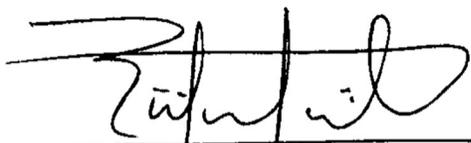
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de febrero de 2020 por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALALABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GLORIA REYES RUIZ
contra COLPENSIONES y OTROS. Rad. 11001 31 05 002 2016 00443 01.**

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la decisión proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de marzo de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

DEMANDA

La señora **GLORIA REYES RUIZ** pretende que se declare que COLPENSIONES, incurrió en mora en el pago de las mesadas pensionales; que no ejerció la acción coactiva respecto a las cotizaciones contra el Colegio Sagrado Corazón de Jesús Hermanas Bethlemitas; que se declare que el tiempo de cotización suyo incluyendo el tiempo de mora es de 1.208.57 semanas de cotización, así mismo que tiene derecho al reconocimiento y pago de la reliquidación de la mesada pensional aplicando la tasa de reemplazo del 87%.

Como pretensiones declarativas subsidiarias; se declare que las BETHLEMITAS debe realizar los pagos de aportes en mora o calculo actuarial, y como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la reliquidación de la pensión de vejez desde el 17 de febrero de 2012, al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre

las mesadas causadas desde el 19 de octubre de 2012 hasta el 28 de febrero de 2013, así como los intereses moratorios sobre las diferencias producto de la reliquidación.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 01 de diciembre de 1956, y para el 22 de mayo de 2012 solicitó al ISS la corrección de su historia laboral, que posteriormente mediante Resolución GNR 015055 de 25 de febrero de 2013 Colpensiones ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pero el 14 de marzo de 2013 se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación porque el colegio para el cual trabajó la actora no le cotizó el total de semanas, dada la inconformidad con la resolución anterior, mediante Resolución VPB 40500 de 05 de mayo de 2015 se resolvió confirmar la decisión. Finalmente el 28 de junio de 2016 se radicó ante Colpensiones reclamación administrativa (fls.1 a 7).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones toda vez que se ha actuado de forma legal y aplicando la normatividad vigente para el reconocimiento y pago de las pensiones por vejez, y que en el caso no se puede reconocer la prestación pretendida porque no cumple con los requisitos mínimos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 respecto de edad y semanas, bajo los anteriores presupuestos se le concedió la pensión de vejez y se le aplicó una tasa de remplazo del 78% teniendo en cuenta las cotizaciones de los últimos diez años de su vida laboral. Como excepciones de mérito propuso las de «inexistencia del derecho y de la obligación»; «prescripción»; «inexistencia de intereses moratorios»; «improcedencia del cobro de intereses e indexación»; «buena fe» e «innominada o genérica» (fls.85 a 93).

El **COLEGIO DEL SAGRADO CORAZON DE JESUS** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones solicitando se desestimen totalmente en cuanto carecen de fundamentos facticos y jurídicos, aduce que ha cumplido con las obligaciones patronales, así mismo menciona que Colpensiones es quien tiene a su cargo el reconocimiento de la prestación pensional, la custodia, certificación de los pagos, soportes y tiempo cotizado. Como excepciones propuso las de «legalidad de las actuaciones de la parte demandada»; «ausencia de causa para demandar»; «cobro de lo no debido» y «buena fe en las actuaciones de la demanda» y como excepción previa única «falta de litisconsorcio pasivo necesario». (fls.127 a 140).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 05 de marzo de 2020, condenó al Colegio Sagrado Corazón de Jesús Hermanas Bethlemitas a pagar a Colpensiones los aportes pensionales correspondientes a los periodos no cotizados: y ordenó a Colpensiones reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta la totalidad de aportes.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que en este caso no es objeto de controversia que a la demandante le fue reconocida la pensión de vejez mediante Resolución GNR No.015055 el 2013, que contra la citada resolución se interpuso los recursos de ley y fue modificada por la resolución GNR 349638 el 6 de octubre 2014 mediante la cual se modificó la cuantía de la pensión de vejez, así mismo que el colegio aceptó que la demandante estuvo vinculada mediante contratos de trabajo a término fijo como docente en los siguientes períodos: del 12 de marzo al 30 de noviembre de 1987, del primero de febrero al 30 de noviembre de 1988 y los meses de abril y mayo de 2007.

Afirmando que los periodos que reclama la demandante no fueron cotizados por el colegio, y que ello se evidencia en las planillas de aportes al sistema general de seguridad social, en las cuales se observa que en el periodo de noviembre 2004 y los meses de abril y mayo del 2007 (folios 222 225 y 226), si fueron pagados, pero COLPENSIONES no los reportó en su historia laboral, por ello deberá incluirlos en la historia laboral.

En lo que respecta a los demás periodos, se debe señalar que la demandante estuvo vinculada como docente y se debe aplicar el artículo 284 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone que los profesores de establecimientos particulares de enseñanza cuyo contrato de trabajo se entiende celebrado por el período escolar tendrán derecho a que el empleador efectúe los aportes al sistema de seguridad social integral por la totalidad del período calendario respectivo que corresponde al periodo escolar para el cual se contrate, y en consecuencia como efectivamente la demandante prestó sus servicios como docente durante los periodos académicos indicados, se deberá el pago de los periodos no cotizados que son los siguientes: diciembre de 1987; enero, febrero y diciembre de 1988; enero, febrero y diciembre de 1989; enero y diciembre de 1990; enero, febrero y diciembre de 1991; enero y febrero de 1992; diciembre de 1993; enero y diciembre el 1994; enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 1995, septiembre de 1999, abril de 2001 y 2003, noviembre de 2004 y abril y mayo de 2007.

Frente a la reliquidación de la pensión de vejez, el A quo consideró que Colpensiones debe reconocer y pagar la misma sobre la totalidad de las cotizaciones recibidas a nombre de la afiliada por lo que una vez el colegio cancele los aportes adeudados, procederá a reliquidar la citada prestación pensional

Finalmente, respecto de los intereses moratorios, consideró que no hay lugar al pago de estos por cuanto el artículo 149 de la Ley 100 de 1993, solo los prevé en el caso de no pago de las mesadas pensionales, y este no es el caso.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación con respecto a dos puntos: el primero; sobre los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ya que si bien los intereses no son aplicables para una reliquidación pensional, en este caso no es por la reliquidación dado que la solicitud de la pensión se efectuó el 19 de junio de 2012 y esta fue reconocida en la Resolución GNR 015055 del 25 de febrero del 2013. En segundo lugar, indica el recurrente que si bien es cierto que no se señaló en la demanda, después de hacer un análisis de la historia laboral que presentó Colpensiones, hacen falta unos días que el colegio no cotizó y que no se señalaron en la sentencia, los cuales corresponden al periodo del 01 al 12 de marzo del 1988, 01 al 07 de marzo de 1989, 01 al 22 de febrero de 1990, 13 al 30 de noviembre de 1990, 01 al 04 de marzo de 1991, 01 al 04 de marzo de 1992.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término del traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora indica que la solicitud de la pensión de vejez se efectuó el 19 de junio de 2012 y solo hasta el 1 de abril de 2013 la actora fue incluida en nómina, por lo que deben cancelarse los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde el 19 de octubre de 2012 hasta el 30 de marzo de 2013.

A su turno, Colpensiones indicó que una vez revisado el expediente administrativo y la historia laboral, resulta necesario aclarar a la demandante que sólo se tienen en cuenta los aportes efectuados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS en su oportunidad hoy a Colpensiones, por lo que la actora acredita un total 1.074,04 semanas cotizadas al ISS, razón por la cual, la tasa de remplazo aplicable, según la norma en cita, corresponde al 78%, tal y como lo reconociera esta entidad a través de la Resolución GNR 349638 del 06 de octubre de

2014, por lo que se concluye que la liquidación de la prestación efectuada por la entidad se encuentra ajustada a derecho.

Ahora bien, como quiera que de la accionante alega inconsistencias dentro de su Historia Laboral, los ciclos 1987/12, 1988/12, 1989/12, 1993/12, 1994/12, 2001/04, 2003/04, se registran en debida forma en su historia laboral por lo que dichos periodos fueron tenidos en cuenta en el estudio, respecto de los demás periodos, no obran cotizaciones por el empleador Colegio Sagrado Corazón de Jesús, por lo tanto una vez la justicia ordinaria se pronuncie sobre la existencia de la relación laboral entre la demandante y el empleador Colegio Sagrado Corazón de Jesús, Colpensiones procederá a realizar el correspondiente cálculo actuarial si hay lugar a ello, por lo que se concluye que la liquidación de la prestación efectuada por la entidad se encuentra ajustada a derecho.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación, determinar si es procedente la reliquidación de la pensión de vejez en los términos solicitados en el libelo inicial, revisando para tal efecto si hay lugar a tener en cuenta los periodos que presuntamente se encuentran en mora por parte de su ex empleador. Adicionalmente, en caso de ser procedente, definirá la procedencia de los intereses moratorios pretendidos.

CONSIDERACIONES

Para resolver los problemas jurídicos aquí planteados, considera esta Sala de Decisión, que no se realizará análisis alguno sobre la condena impuesta por el A quo a las demandadas Colegio del Sagrado Corazón de Jesús – Hermanas Blethelmitas Vélez y Hermanas Blethelmitas Provincia del Sagrado Corazón de Jesús sobre el pago de los aportes pensionales a favor de Colpensiones, dado que las instituciones de educación en cita no presentaron recurso de apelación contra dicha decisión, empero, en aplicación del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del CPT y de la SS, se analizará el recurso de alzada de la parte actora respecto de los periodos correspondientes del 01 al 12 de marzo del 1988, 01 al 07 de marzo de 1989, 01 al 22 de febrero de 1990, 13 al 30 de noviembre de 1990, 01 al 04 de marzo de 1991, 01 al 04 de marzo de 1992 y la procedencia de los intereses moratorios. Así mismo, a continuación se efectuará el grado jurisdiccional de consulta relacionado con la reliquidación de la pensión de vejez y los citados intereses moratorios.

Ahora bien, a fin de resolver el recurso de apelación de la parte actora, la Corporación observa que el recurrente peticiona se ordene a las demandadas el pago de los aportes a seguridad social en pensiones de los periodos correspondientes al 01 al 12 de marzo del 1988, 01 al 07 de marzo de 1989, 01 al 22 de febrero de 1990, 13 al 30 de noviembre de 1990, 01 al 04 de marzo de 1991, 01 al 04 de marzo de 1992 y que los mismos sean tenidos en cuenta al momento de la reliquidación de la pensión de vejez de la actora que le fuera ordenada a Colpensiones, pero al respecto la Sala de Decisión debe indicar que dicho pedimento no es procedente en esta instancia judicial dado que los mismos no fueron relacionados en los hechos y pretensiones de la demanda, no fueron objeto de pronunciamiento por parte de las demandadas, no hicieron parte de la fijación del litigio y del debate probatorio y tampoco de la sentencia de primer grado, lo cual imposibilita su análisis por este juez colegiado.

Aunado a lo anterior, se debe indicar que el reconocimiento de los aportes antes referidos no fueron objeto del agotamiento de la vía gubernativa impetrada ante Colpensiones (fls. 27 a 31, 72 a 75), lo cual no permite el análisis del mismos conforme lo normado en el artículo 6 del CPT y de la SS dado que es menester surtir dicho trámite previo al ejercicio de la acción judicial, lo que a su turno se constituye en un requisito de procedibilidad y de competencia.

Así las cosas, es claro para la Sala de Decisión que no es viable el estudio del reconocimiento y pago de los aportes del 01 al 12 de marzo del 1988, 01 al 07 de marzo de 1989, 01 al 22 de febrero de 1990, 13 al 30 de noviembre de 1990, 01 al 04 de marzo de 1991, 01 al 04 de marzo de 1992, al no agotarse las etapas administrativas y judiciales antes citadas ya que si ello se efectuara dicho acto se constituiría en una violación flagrante al derecho de defensa y debido proceso de las demandadas, al sorprenderlas con una definición y una eventual condena adicional sobre unos hechos y pretensiones que no les fueron dados a conocer.

Ahora bien, a fin de resolver el recurso de apelación sobre los intereses moratorios pretendidos y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, la Corporación por cuestión metodológica los resolverá de manera conjunta en los siguientes términos:

En primer lugar, sobre la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante reconocida por Colpensiones, debido a la omisión del pago de los aportes a pensión por parte de las instituciones educativas demandadas, correspondientes a diciembre de 1987, enero, febrero y diciembre de 1988, enero, febrero y diciembre de 1989, enero y diciembre de 1990, enero, febrero y diciembre de 1991, enero y febrero de

1992, diciembre de 1993, enero y diciembre de 1994, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio de 1995, septiembre de 1999, abril de 2001, abril de 2003, noviembre de 2004, abril y mayo de 2007, menester es advertir que las demandadas Colegio del Sagrado Corazón de Jesús – Hermanas Blethelmitas Vélez y Hermanas Blethelmitas provincia del sagrado corazón de Jesús no presentaron recurso de apelación sobre la condena efectuada por el A quo sobre dichos aportes, por ende la Sala no realizará pronunciamiento alguno sobre estos; empero, es menester indicar que la decisión de primer grado debe ser adicionada a fin de establecer la tasa de remplazo aplicable al IBL con los periodos antes citados, para lo cual se encuentra que a la demandante le fue reconocida la pensión de vejez con fundamento en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, circunstancia que se desprende de las resoluciones GNR 015055 del 25 de febrero de 2013 y GNR 349638 del 06 de octubre de 2014 (fls.22 y 35), por lo que establecido lo anterior se tiene que la demandante cuenta con un total adicional de 128,7 semanas pendientes de pagar por sus ex empleadores, las cuales al ser sumadas a las 1048 reconocidas por Colpensiones en los actos administrativos citados, arroja un total de 1.176,7 semanas cotizadas al sistema integral de seguridad social en pensiones, valor que al aplicarle la tabla establecida en el artículo 20 ibídem establece como tasa de reemplazo el 84% del Ingreso Base de Liquidación, conforme al siguiente cálculo:

Año	Meses	Semanas	T. Semanas
1987	1	4,29	4,29
1988	3	4,29	12,87
1989	3	4,29	12,87
1990	2	4,29	8,58
1991	3	4,29	12,87
1992	2	4,29	8,58
1993	1	4,29	4,29
1994	2	4,29	8,58
1995	7	4,29	30,03
1999	1	4,29	4,29
2001	1	4,29	4,29
2003	1	4,29	4,29
2004	1	4,29	4,29
2007	2	4,29	8,58
Semanas Adicionales			128,7
Semanas reconocidas Colpensiones			1048
Total Semanas			1176,7
Tasa de reemplazo			84%

Teniendo en cuenta lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de reliquidar la pensión de vejez de la demandante con una tasa de

reemplazo del 84% del ingreso base de liquidación, el cual será aplicado sobre la totalidad de las semanas ordenadas por el A quo.

Ahora bien, sobre los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corporación debe indicar que para resolver este problema jurídico debe advertirse que la entidad a través de la Resolución GNR 015055 del 25 de febrero de 2013 reconoció y ordenó pagar pensión de vejez a la actora, de conformidad con el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 y a partir del 17 de febrero de 2012 en cuantía equivalente a \$694.596 (fls.18 a 24).

Así las cosas, procede la Sala al estudio de la absolución respecto de este punto que a su vez reprochado por la parte actora en la alzada, esto es, respecto a la procedencia de los intereses moratorios, y para ello debe indicarse que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 contempla que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la entidad reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago. Debe advertirse que para su aplicación debe tenerse en cuenta el periodo de gracia de 4 meses que tiene la entidad para resolver las solicitudes pensionales contados a partir de la petición en los términos del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, por lo que solo a partir de su vencimiento se considera en mora la entidad, tal como lo ha considerado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

En efecto, se acreditó que la demandante elevó solicitud pensional desde el 19 de junio de 2012 tal como se evidencia en la Resolución GNR 015055 del 25 de febrero de 2013 (fls.18 a 24), mediante la cual se reconoció inicialmente la prestación por vejez, con lo que se acredita que fue en esa fecha que realizó la solicitud del reconocimiento inicial.

Ahora bien, determinado como fecha inicial de petición el día 19 de junio de 2012, se colige entonces que el periodo de gracia de 4 meses en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, feneció el 19 de octubre de 2012, fecha a partir de la cual corren los intereses moratorios invocados, los cuales se calcularán sobre el valor del retroactivo causado entre el 19 de octubre de 2012 al 28 de febrero de 2013, pues según la resolución de reconocimiento pensional el pago efectivo se realizó en marzo de 2013. Dichos intereses, se recuerda, se calculan a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia Financiera para el periodo

¹ Sentencia 42839 de fecha 29 de noviembre de 2011.

correspondiente al momento en que se efectúe el pago, de conformidad con lo dispuesto en el art. 141 de la Ley 100 de 1993; Por todo lo expuesto, se revocará la decisión de primera instancia sobre este aspecto.

Por otro lado, respecto de la prescripción elevada por Colpensiones, la Sala de Decisión considera que la misma no está llamada a prosperar dado que la actora presentó la reclamación administrativa el día 19 de junio de 2012, con lo que la suspendió de conformidad con lo dispuesto por el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., siendo resuelta en forma definitiva con la Resolución VPB 40500 del 05 de mayo de 2015, la cual fue notificada personalmente el día 22 de mayo de 2015 (fls.37 a 41), fecha hasta en la que se interrumpió el fenómeno prescriptivo en los términos del artículo 6º ibídem, por lo que se concluye que al haberse presentado la demanda el 4 de agosto de 2016 (fl.77), lo fue dentro del término trienal contemplado en el artículo 488 del C.S.T., razón por la que no hay lugar a declarar probado el medio exceptivo propuesto.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: RECONOCER personería jurídica a la doctora **MÓNICA ESPERANZA TASCO MUÑOZ** identificada con la cédula de ciudadanía No 1.018.451.024 de Bogotá y TP No 302.509 del CSJ, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los fines del poder adjunto a folio 312 del proceso.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones reliquidar la pensión de vejez de la demandante con una tasa de reemplazo del 84% del ingreso base de liquidación, el cual será aplicado sobre la totalidad de las semanas ordenadas por el A quo, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

TERCERO: REVOCAR parcialmente la sentencia de primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a

reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales se calcularán sobre el valor del retroactivo causado entre el 19 de octubre de 2012 al 28 de febrero de 2013, que se calcularán a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia Financiera para el periodo correspondiente al momento en que se efectúe el pago, de conformidad con la parte considerativa de la sentencia.

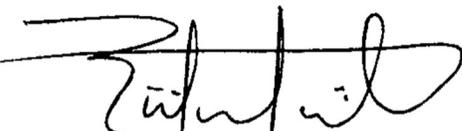
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 05 de marzo de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA FERNANDA LOPEZ GOMEZ contra POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. Rad. 110013105-003-2017-00773-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. contra la sentencia proferida el 05 de marzo de 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

DEMANDA: La señora **MARIA FERNANDA LOPEZ GOMEZ** pretende que se declare que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., es responsable del reconocimiento y pago a su favor de la pensión de sobrevivientes en su condición de cónyuge supérstite del señor OSCAR HUMBERTO CASTAÑO CARDONA; se declare que cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, se declare que es la única beneficiaria en su condición de cónyuge y que no existió conflicto alguno entre beneficiarias. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a reconocerle la pensión de sobrevivientes en cuantía no inferior al 50% del SMLMV, hasta tanto sus dos hijas menores cumplan la mayoría de edad, se reajusten las mesadas pensionales a la fecha de la respectiva sentencia; se condene al pago de intereses de mora causados desde el momento en que debió de hacerse el pago oportuno de la pensión hasta el momento de su pago efectivo y que se condene en costas a la demandada.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que entre ella y el señor OSCAR HUMBERTO CASTAÑO CARDONA se mantuvo una relación de esposos desde el 19 de junio de 2004 hasta el día de su fallecimiento el día 04 de marzo de 2016 por causa de un accidente de tránsito; que dentro del matrimonio se procrearon dos hijas ANGY MICHELL y ANGY TATIANA CASTAÑO LOPEZ. Que al momento de la muerte del señor OSCAR CASTAÑO CARDONA laboró como conductor de bus en la empresa de trasportes FLOTA OCCIDENTAL S.A. Manifiesta que el día 29 de abril de 2016 recibió un oficio por parte de POSITIVA donde le indicaban que cumplía junto con sus dos hijas los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, de igual forma, se le informó que parte de la pensión iba a quedar en reserva en el 50% de la mesada mensual por el valor de \$344.728 y un retroactivo por el valor de \$1.344.438, toda vez que existía conflicto entre beneficiarias propuesto por la señora ELIANA GIRALDO PARIAS, frente a quien manifiesta haber instaurado en su contra y los herederos determinados e indeterminados del causante ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Riosucio, Caldas, demanda de declaración de existencia, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial con el señor OSCAR HUMBERTO CASTAÑO, la cual fue admitida el 02 de junio de 2016, pero no obstante, ésta fue desistida el 17 de noviembre de 2016 en la etapa de conciliación, lo cual fue coadyuvado, siendo así aceptada y por tanto se ordenó el archivo de las diligencias y levantamiento de las medidas cautelares, precisando que ese mismo día envió a POSITIVA oficio en el que se manifestaba tal desistimiento por parte de la señora ELIANA GIRALDO, así mismo, solicitó lo equivalente al 50% de la mesada pensional; que el 30 de noviembre de 2016 se dio respuesta a la solicitud requiriéndose declaración extra juicio ante notario público por parte de la señora ELIANA GIRALDO PARIAS donde de manera expresa renuncia al derecho de la pensión, la cual fue enviada dentro del término a POSITIVA. Señaló que el 13 de diciembre de 2017 instauró acción de tutela contra POSITIVA para el pago de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada por improcedencia. Que el día 25 de abril de 2017 envió derecho de petición a POSITIVA solicitando el pago de la pensión, frente a lo cual, se le contestó que había perdido competencia y que debía de concurrir a la justicia ordinaria laboral. Por lo expuesto, sostuvo que no existe conflicto entre cónyuge o compañera permanente alguna para reclamar la pensión de sobrevivientes, pues ella es la esposa legítima al momento del fallecimiento, por lo que le asiste el derecho pensional por sobrevivencia, además, la mencionada señora ELIANA GIRALDO ARIAS, nunca demostró la calidad de compañera permanente del fallecido (fls. 2 a 11 y 57 a 67).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, argumentando que hasta no se haya resuelto el conflicto de beneficiarias por un Juez Laboral, no puede pagar las mesadas pensionales, expone igualmente que las entidades del sistema general de seguridad social deben de propender por el correcto uso de sus recursos, que ha actuado de buena fe, dando estricto cumplimiento a la normatividad vigente, y que es el señor juez laboral la autoridad competente para resolver el conflicto de competencias. Agregó que, conforme a la investigación de convivencia, se concluyó que la pareja Castaño-López habían dejado de compartir techo, lecho y mesa desde el año 2011, situación que fue agravada por el embarazo de la reclamante de otro señor diferente. Propuso como excepciones de mérito las de «buena fe», «prescripción», «excepción genérica o innominada» (fls. 92 a 101).

Mediante auto proferido el 8 de agosto de 2018 (fl. 104) se ordenó de forma oficiosa integrar al contradictorio a la señora ELIANA GIRALDO ARIAS, con la finalidad que ejerciera su derecho de defensa, la cual fu notificada personalmente del proceso el día 19 de octubre de 2018 (fl. 115), no obstante, guardó silencio al no contestar la demanda ni elevar pretensión alguna.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 05 de marzo de 2020, condenó a la demandada POSITIVA a reconocer y pagar a la demandante el 50% de la mesada pensional en calidad de conyugue supérstite del afiliado fallecido Oscar Humberto Castaño Cardona, a partir del 5 de marzo de 2016, precisando que el porcentaje deberá ser incrementado una vez sus menores hijas Angy Tatiana y Angy Michel Castaño López dejen de satisfacer los requisitos para percibir el beneficio pensional, y condenó a la demandada a pagar a la demandante las mesadas pensionales causadas debidamente indexadas; declaró que a la Litis consorte necesaria Eliana Giraldo Parias, no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en la calidad que lo reclamó, como compañera permanente del señor Oscar Humberto Castaño Cardona; absolvió a la demandada al pago de los intereses moratorios.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que analizada la prueba testimonial en su conjunto esta aportó detalles de tiempo, modo y lugar de la convivencia del demandante y el causante fallecido, lo que se verificó desde la fecha del matrimonio el 19 julio del año 2004 por el rito católico; indicó igualmente que por los testimonios

rendidos y la cercanía de estos con la pareja merecen credibilidad, incluso con el testimonio rendido por el señor JUAN CARLOS LOPEZ, dada su condición de acompañante continuo del causante en el vehículo que este conducía, efectivamente le daba fuerzas a sus manifestaciones, argumentando que es mucho el tiempo que puede compartir el ayudante de los conductores de los vehículos del servicio público con estos, lo que le permite conocer algunos detalles de tipo personal teniendo en cuenta la cercanía entre los dos. Por otra parte, mencionó que aunque la pareja tenía problemas de convivencia, y que tal situación los llevaba a estar separados por algunos días, esa circunstancia no era suficiente para concluir que no tenían la intención de seguir conviviendo juntos acompañándose espiritual, física y económicamente, aunado a ello, sostuvo que no existe prueba en el expediente que permita establecer que la intención del causante era la de perder el vínculo afectivo que lo unía a la demandante y dejar de ser un miembro de su núcleo familiar. Agregó que en el hipotético caso que se hubiere presentado una separación de hecho de la pareja por los problemas de convivencia, ello no era óbice para que la actora no pueda acceder a la pensión de sobrevivientes, toda vez que conforme a la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia era posible reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido por lo menos 5 años en cualquier época con el causante afiliado o pensionado, lo cual se tenía por demostrado y por ende, tenía derecho a dicha pensión en los términos del art 13 de la Ley 797 del año 2003.

Con relación a la litis consorte necesario, señora ELIANA GIRALDO PARIAS, indicó que, a pesar de haber sido notificada personalmente del proceso, no contestó la demanda ni aportó prueba alguna e incluso presentó desistimiento de la solicitud del reconocimiento pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **POSTIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** presentó recurso de apelación respecto a la decisión tomada, argumentando que se le restó importancia a las demás declaraciones extra procesales allegadas a la investigación de convivencia en las cuales los hermanos y sobrinos del causante manifiestan que esta convivencia fue interrumpida en el año 2011, cuando el afiliado inició su vida laboral con FLOTA OCCIDENTAL, indicando que si se toma en cuenta el valor probatorio que se le dio a la cercanía de algunos testigos, también se debería de tener en cuenta la cercanía de los hermanos del causante quienes convivieron con él, razón suficiente para valorar sus declaraciones al manifestar que la convivencia se vio interrumpida, adicionalmente indica que se vio roto el vínculo afectivo, en tanto los

hermanos como la sobrina manifiestan que el noviazgo con la señora ELIANA GIRALDO PARIAS inició en el año 2011, finalmente expone que conforme a lo establecido no se logró establecer con un nivel de certeza la relación continua durante los 5 años inmediatamente anteriores a la muerte del causante. Finalmente expone respecto a la condena en costas que el fallador confunde el desgaste procesal con el derecho a la defensa y contradicción de la entidad pues este es el debido proceso que debe llevar la entidad en estos casos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada presentó alegaciones en similares términos a los indicados en la apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar en virtud del recurso de apelación presentado por la parte demandada, si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; de ser así, se estudiará si hay lugar a condenar en costas a la accionada.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico, debe advertirse que se acreditó que el causante OSCAR HUMBERTO CASTAÑO CARDONA falleció el 04 de marzo de 2016 según se evidencia en el Registro Civil de Defunción visto a folio 16, además debe advertirse que no fue objeto de controversia, que el antes citado detentaba la calidad de afiliado a la fecha de su muerte, así como que su fallecimiento ocurrió en virtud de un accidente de trabajo, pues así lo admite la demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS al contestar la demanda (fl. 92), por lo que adquiere plena certeza la Sala de los anteriores hechos, habiéndose tenidos por probados sin oposición de las partes.

Así las cosas, se tiene que la prestación debe estudiarse de conformidad con lo dispuesto por la Ley 776 de 2002, norma vigente para la fecha de la muerte del causante, disposición legal que en virtud de lo dispuesto por el artículo 11 establece

que para determinar los beneficiarios de la prestación debe acudirse a lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

La aludida norma contempla, para lo que interesa al presente proceso, que tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el grupo familiar del afiliado o pensionado por vejez que fallezca por riesgo común, con lo cual el asunto a decidir se centra en la demostración de la convivencia efectiva con el causante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que con el criterio interpretativo respecto del literal (a) por parte de la H. Sala de Casación Laboral hasta ahora había sido el de que tanto para el cónyuge como para el compañero(a) supérstite debía acreditarse un tiempo de convivencia no inferior a 5 años anteriores a la muerte del asegurado y/o pensionado fallecido, indistintamente¹, así como también se exige que los beneficiarios a la fecha del deceso tengan 30 o más años de edad.

No obstante lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL1730-2020 del tres (3) de junio de dos mil veinte (2020), fijó *«el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado»*, para lo cual, morigeró igualmente el rigorismo en el sentido de precisar que *«no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional»*.

Advirtió igualmente el Alto Tribunal, lo siguiente:

*«...de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que **la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado**; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no*

¹ Entre otras muchas, en sentencias CSJ SL 32393, 20 may. 2008, CSJ SL 45600, 22 ag. 2012, CSJ SL793-2013, CSJ SL1402-2015, CSJ SL14068-2016, CSJ SL347-2019

puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada (...)

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

*En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia**, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y **la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte**, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.*

(...)

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto». <Resaltados fuera del texto>.

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

De conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales expuestos, se procede a analizar el acervo probatorio, para lo cual indica la Sala que se acreditó la calidad de cónyuge supérstite de la accionante con el registro civil de matrimonio obrante a folio 13, de igual modo, al expediente se aportó «*investigación de convivencia*» (CD fl. 102), realizada por la Gerencia de Indemnizaciones de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, allí se realizaron entrevistas a dos hermanos, RUBEN DARÍO y LUZ FANNY CASTAÑO CARDONA y una sobrina del causante, CAMILA CASTAÑO ROMERO. Respecto de las cuales vale la pena extraer algunos apartes en su contexto: Así, la señora LUZ FANNY CASTAÑO aseguró en su entrevista que conoce a la demandante desde antes del año 2004 cuando se casó con su hermano, el causante; que la pareja convivió desde esa fecha y procreó dos hijas gemelas y después de eso la pareja tuvo varias separaciones, pero volvían a convivir, no obstante, desde que él empezó a trabajar en la FLOTA DE OCCIDENTE en octubre de 2011, ya no volvieron a vivir bajo el mismo techo, pues vivía en su casa y allí llevaba a la novia de nombre ELIANA que vive en otro municipio, Riosucio Caldas. Preciso que la actora vive en el mismo barrio a cuatro casas de la suya y agregó que en el año 2014, cuando ya estaba separada de su hermano la demandante tuvo una hija extra matrimonial, sin embargo, el continuó visitando y pasando a saludar a sus hijas, pero que, aunque ya no vivía con ella, tal hecho sí le dolió, pues

él la quería. Dijo que después de la separación ya no tuvieron reuniones familiares, sólo cuando cumplían años sus hijas.

El señor RUBEN DARÍO CASTAÑO, hermano del causante, explicó en esa oportunidad que la actora se casó con este el 14 de junio de 2004, que procrearon dos hijas gemelas; indicó que *«la relación se caracterizó por su inestabilidad. Después del 2014, luego del nacimiento de la niña de María Fernanda, la relación se volvió ocasional... Después del conocimiento del embarazo de María Fernanda decidió ir a vivir a casa de mi hermana Luz Fanny»*, señalando en este sentido, que *«para él fue un golpe muy duro pero con el tiempo superó el evento»*; contestó afirmativamente el interrogante sobre si su hermano compartía fechas especiales con la familia y la señora María Fernanda, afirmando que convivieron por espacio de 10 años, del 2004 al 2014. Por otro lado, indicó que *«la señora Eliana era la novia del momento»* con quien había iniciado una relación en el 2011, que se fortaleció en el 2013.

La sobrina del causante CAMILA CASTAÑO ROMERO, indicó conocer a la pareja, pero desconociendo la fecha en que contrajeron nupcias, asimismo afirmó el conocimiento de las hijas gemelas; que la separación ocurrió cuando él empezó a trabajar en la FLOTA DE OCCIDENTE y no se reconciliaron, además su tío vivía donde una tía (Fanny) al momento de fallecer. Que la accionante tuvo una hija extramatrimonial cuando ya no vivía con su tío y no compartían fechas especiales.

De otro lado, en el proceso se recibieron las declaraciones de ASTRID EUGENIA QUINTERO DELGADO y JUAN CARLOS LOPEZ GOMEZ; la primera, cuñada, comadre y amiga de la demandante, manifestó que conocía a la hermana del causante, LUZ FANNY quien vive en la misma cuadra que la actora con un hijo, asegurando que el fallecido nunca vivió con ella, siempre iba cuando estaba bravo con la señora María Fernanda, que se quedaba por días mientras se contentaba con esta, quien además, tuvo un hijo con otro hombre en el mes de octubre del año 2014 y que si bien el señor OSCAR se enojó con ella, así como ella le había perdonado tantas infidelidades, él le dijo que le iba a perdonar eso, incluso, que si quería se hacía cargo de la niña. Señaló que conoció a la señora Eliana Giraldo porque esta le promovió una demanda a la actora y a las niñas, pero que antes, no conocía de su existencia. Agregó que era muy allegada a ellos, a la familia, siempre fue muy unida y se quedaba donde ellos y que, cada vez que el finado tenía problemas con su esposa, sacaba 2 o 3 mudas de ropa y se quedaba con su hermana Fanny 2 o 3 días mientras se le pasaba la rabia, que eso lo sabe, porque él personalmente se lo dijo.

De otra parte, el señor JUAN CARLOS LOPEZ GOMEZ hermano de la demandante de igual modo afirmó la convivencia de la pareja desde el año 2004, cuando se casaron, indicando que el causante era conductor de la Flota Occidental y que él era su ayudante, recogía maletas y guardaba el dinero, habiendo trabajado juntos alrededor de 3 o 4 años con dicha empresa de transportes. Que la ruta que cubrían era Armenia – Medellín, Medellín – Armenia y una que otra vez se quedaban de vez en cuando en Riosucio – Caldas, ello desde el año 2014, pero que eso no era muy a menudo; que la pareja tuvo separaciones después de que el causante se dio cuenta de que su hermana estaba embarazada de otro hombre, siendo un golpe muy duro; indica que él, particularmente, supo cuando se le empezó a notar la barriga, pensando que era del cuñado, que no pensó que ella le fuera a fallar a él como él le falló a ella. Indicó que andaba con él, y no sabe cómo a él no le pasó igual destino el 4 de marzo de 2016, entre 10 a 10:30 am, cuando ocurrió el accidente. Sostuvo que él se quedaba donde su hermana y cuando estos peleaban se iba donde la hermana FANNY 3 o 4 días. Manifestó por otro lado, con relación a la señora Eliana Giraldo, que cuando terminaban el turno se veían e incluso se quedaban a dormir en la casa de esta en Riosucio como un favor que le hacía a él porque *la dormida tocaba pagarla allá*, además le lavaba; pero aclara que él se la presentó como una conocida, una amistad y, además, dormían en habitaciones separadas; que si bien el causante tenía varias amigas, eso no se lo decía a su hermana.

De igual modo la accionante MARIA FERNANDA LOPEZ GOMEZ, en su interrogatorio de parte admitió que en efecto procreó una hija por fuera de su matrimonio en el mes de octubre del año 2014 a raíz de un desliz, que a pesar de ello nunca se separó de su esposo, precisando que sus problemas de pareja iniciaron cuando él empezó a trabajar en la Flota de Occidente; señaló que el problema del embarazo extramatrimonial fue muy duro decírselo y para él aceptarlo, *«pero hablé con él y le di mi punto de vista.... Logramos un equilibrio, de hecho, salimos con mi hija María Victoria y Oscar esporádicamente»*. Indicó que el obitado muchas veces se fue a quedar a la casa de su hermana Fanny.

Dilucidado lo anterior, para la Sala del acervo probatorio antes mencionado y con apego a las reglas de la sana crítica, se encuentra plenamente acreditado en el plenario que, aunque la accionante sí convivió con el causante, no lo fue en la forma requerida por las disposiciones legales y alcances jurisprudenciales vigentes. Pues en su caso, está clarificado en el plenario que contrajo matrimonio con el causante, en el año 2004 que según el propio dicho de la señora María Fernanda corroborado con la prueba testimonial, pero ya después de varios años, aproximadamente para el 2014, no es posible hablar de una convivencia continua y especialmente, en esa

eventualidad, de la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia al momento del fallecimiento del causante, todo lo contrario, desde aproximadamente el año 2014 cuando la accionante «*tuvo un desliz*» y procreó una hija extramatrimonial, evidencia la sala que se rompió ese vínculo moral, solidario y con vocación de permanencia del afiliado con respecto a la accionante; por lo que, si bien es claro que convivieron a juicio de la Sala, por espacio de 10 años, no es menos cierto la orfandad probatoria que permita dilucidar que después del embarazo y procreación de su hija extramatrimonial, se mantuvo entre ella y el causante ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, pues de ello nada dicen los testigos y de haber mediado algún tipo de acercamiento familiar, este se dio como es apenas lógico porque el mismo se correspondía con la obligación filial del causante por la existencia de sus dos menores hijas.

Al respecto, el testimonio traído a los autos, de quien es hermano y cuñado respectivamente de los cónyuges, valorada a la luz de la sana crítica no ofrecen a la Sala mayores elementos de convicción y/o credibilidad, pues se nota parcializado en favor de los intereses de la demandante, todo ello armonizado con lo recaudado en sede administrativa por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. conllevan a concluir que en efecto ese vínculo se rompió por completo desde la separación por la infidelidad de la demandante para con el causante, que derivó en un hijo extramatrimonial, sin que los dichos de la actora, en tanto y en cuanto esto le fue perdonado y que lo que se presentó a partir de allí es que habían separaciones esporádicas, tenga algún asidero probatorio en autos para infirmar lo que sostienen al unísono los otros testimonios rendidos dentro del expediente.

Así las cosas, como la demandante pretendía ser la beneficiaria del causante y afiliado OSCAR HUMBERTO CASTAÑO CARDONA y no demostró la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia al momento de su fallecimiento, no se da cumplimiento al presupuesto contenido en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para obtener la prestación por sobrevivencia en calidad de cónyuge supérstite. Igual destino ocurre con la señora ELIANA GIRALDO PARIAS, quien a pesar de haberse ordenado su vinculación a la presente litis y de habersele notificado personalmente del proceso, guardó silencio y no aportó prueba alguna tendiente a obtener la prestación pensional en su favor.

De ahí que deba revocarse en su integridad la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron, las de primera instancia corren a cargo de la demandante, dadas las resultas del proceso.

DECISIÓN

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

RESUELVE

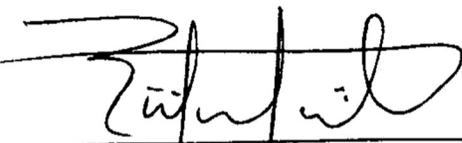
PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **ABSOLVER** a **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme se consideró en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación. Las de primera instancia corren a cargo de la parte demandante.

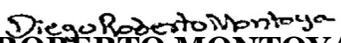
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de PEDRO ALBERTO MURCIA RODRÍGUEZ contra EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP. Rad. 11001 31 05 035 2018 00609 02.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar las siguientes providencias:

OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020 procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la decisión proferida el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de agosto de 2019. De igual manera, revisará la sentencia allí proferida en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor del demandante (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor PEDRO ALBERTO MURCIA RODRÍGUEZ, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que se declare que la decisión de la demandada a la que hace referencia el hecho 2º de esta demanda, constituye un acto ilegal e ilícito que no produce efecto alguno por encontrarse bajo fuero circunstancial, que como consecuencia de lo anterior, se declare que el contrato continúa vigente para todos los efectos legales, que el trabajador fue objeto de presión por parte de la empresa para renunciar al Sindicato SINTRATELEFONOS, con ocasión de concederle el cambio de régimen salarial de salario ordinario a salario integral. Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la demandada a pagar al actor los salarios, primas legales y convencionales que se causen desde el 29 de diciembre de 2016, teniendo en cuenta los aumentos que se produzcan, la indexación de las sumas adeudadas, a lo ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Aunado a lo anterior, y de manera subsidiaria, peticona que se declare que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo al demandante de manera unilateral y sin justa causa estando en conflicto colectivo y violando expresamente los artículos 25 del Decreto 2359 de 1.965 y 10 del Decreto 1373 de 1.966. Como consecuencia de lo anterior, condenar a la parte pasiva a reintegrar al demandante al mismo cargo que estaba desempeñando o a otro similar o de superior categoría y en las mismas condiciones de empleo en que debería encontrarse en caso de no haber sido despedido, al pago de los salarios, primas legales y convencionales que se causen

desde el 29 de diciembre de 2016, teniendo en cuenta los aumentos que se produzcan, y a la indexación de las sumas adeudadas.

Así mismo, peticona de manera subsidiaria a las anteriores petitorias, se declare que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo al demandante de manera unilateral y sin justa causa a partir del 29 de diciembre de 2016, que no pagó el valor total de los salarios, primas, cesantías y especialmente la indemnización que le había ofrecido al actor en el mes de agosto de 2010, y que el demandante había aceptado.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la pasiva al pago de la diferencia que le adeuda por no haber incluido el pago ofrecido en el plan de retiro voluntario. Al pago de la indemnización contenida en la página 4 del programa de retiro voluntario para trabajadores con salario integral; y a la indemnización moratoria.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, indicó que fue contratado y prestó sus servicios a la ETB S.A. E.S.P, mediante contrato de trabajo a partir del 4 de febrero de 1999; que la pasiva mediante comunicación de fecha 29 de diciembre de 2016 dio por terminado el contrato de trabajo, que a la fecha de retiro el actor contaba con 17 años, 10 meses y 26 días de servicio de la ETB. Estando en el cargo de Profesional IV en la ETB le fue ofrecido pasar a un plan de salario integral el cual fue aceptado por el demandante, y exigiéndosele renunciar expresamente a la Convención Colectiva de Trabajo y al Sindicato, proporcionándole la Empresa el formato de renuncia. Posteriormente y desde el primero (1) de diciembre de 2002 el Sr. MURCIA RODRIGUEZ disfrutó del salario integral; que en el mes de agosto de 2010 le fue ofrecido un plan de retiro voluntario de ETB S.A. E. S. P., el cual fue aceptado por el actor. No obstante, el peticionario no fue tenido en cuenta, ya que seis (6) años después de habersele ofrecido al señor PEDRO ALBEIRO MURCIA RODRIGUEZ el plan de retiro, la empresa le da por terminado el contrato de trabajo sin justa causa.

Aunado a lo anterior, manifiesta el actor que el 24 de junio de 2016, el Sindicato SINTRATELEFONOS -SINDICATO MAYORITARIO DE LA EMPRESA- denunció ante el Ministerio del Trabajo la Convención Colectiva de Trabajo, lo cual terminó el siete (7) de marzo de 2018 cuando las partes —Empresa y Sindicato- llegaron a un acuerdo. A pesar de lo anterior, a la fecha de terminación del Contrato de Trabajo aún se encontraban las partes en etapa de arreglo directo y gozaba de la garantía de fuero circunstancial, razón por la cual el veinte (20) de febrero de 2017 solicitó su reintegro POR FUERO CIRCUNSTANCIAL y agotó la vía gubernativa, petición que fue negada por la empresa (fls.3 a 7).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El apoderado judicial de la **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A E.S.P.** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentado que el contrato de trabajo de dirección, confianza y manejo con salario integral, se terminó por razones legales. Como excepciones previas propuso la de falta de requisito de procedibilidad, falta de competencia por no agotar la reclamación directa ante la ETB. De fondo, formuló las excepciones de cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa o sin causa legalmente justificada, ausencia de causa, prescripción, inexistencia de la mora y actuación e buena fe de la entidad, inexistencia de la obligación de pagar intereses o indexación, pago, compensación, y la genérica (fls.83 a 95).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En Audiencia pública del catorce (14) de agosto de 2019, el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá llevó a cabo las audiencias de que tratan los artículos 77 y 80 del CPT y de la SS, oportunidad en la cual declaró probada la excepción previa de falta de agotamiento de la reclamación administrativa.

Para arribar a la anterior decisión, el juzgador de primer grado consideró que la reclamación administrativa es un requisito de procedibilidad, de acceso a la administración de justicia como lo ha señalado la Corte Constitucional en la sentencia C 792 de 2006, así como la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1864 de 2018 y SL 8603 de 2015.

Establecido lo anterior, procedió a establecer si el actor en efecto agotó ante la demandada la reclamación administrativa en relación con la totalidad de las pretensiones invocadas en la demanda, para lo cual encontró que en el folio 44 obra memorial radicado ante la entidad demandada el 20 de febrero del 2017, en el cual el actor solicita el reintegro ya que a la fecha de terminación del contrato de trabajo la empresa y el sindicato se encontraba negociando una convención colectiva, y en el folio 45 aparece la reclamación por la liquidación definitiva de sus prestaciones sociales en lo referente a la indemnización conforme a lo indicado en la convención colectiva de trabajo, radicada el 17 de julio de 2017, sin que obre ninguna petición adicional en el expediente; razón por la cual consideró que el actor no ha acreditado el agotamiento de la reclamación administrativa frente a las pretensiones contenidas en los numerales 4 y 5 principales, y 3, 4 y 5 de las segundas subsidiarias, relacionados con la renuncia al sindicato y el cambio de régimen salarial, así como el pago de la indemnización establecida en el plan de retiro voluntario ofrecido al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación, indicando que evidentemente en las peticiones principales aparece la solicitud de que se declare que el demandante fue objeto de presión para transferirse y renunciar al sindicato SINTRATELEFONOS para poderle conseguir un cambio de régimen salarial, y el que no se haya aducido en la reclamación administrativa, no era relevante ya que forma parte del conjunto de solicitudes por medio de la cual estaba haciendo la petición entre otras cosas del reintegro, y de la aplicación de la convención colectiva a estos efectos, en cuanto a la reclamación de las pretensiones principales. En cuanto a la indemnización, también se ciñó a la misma norma, ya que la indemnización se hizo en la segunda reclamación que se presenta en julio 13, la cual dice *“Me permito presentar reclamación de la liquidación definitiva de prestaciones en la parte referente a la indemnización liquidada a qué tengo derecho, debido a que conforme lo consagra el artículo 4° de la convención de año 88, 89 y el artículo 196 de la recopilación de estas convenciones”*, aparece allí que no se le efectuó la liquidación conforme.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Continuando con el trámite de la vista pública del catorce (14) de agosto de 2019, el juzgador de primer grado absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, sin que la parte demandante presentara recurso alguno contra la

providencia, motivo por el cual, se dispuso la remisión del expediente ante esta Corporación a fin de estudiar el recurso de apelación contra el auto que resolvió la excepción previa, y se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.

Para arribar a la anterior decisión, el A quo consideró que en cuanto la terminación del vínculo contractual el mismo se encuentra acreditado, pues la entidad demandada en efecto dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa al trabajador el día 29 de diciembre del año 2016; en cuanto al tema de la ilegalidad de este despido, se remitió a lo establecido en el artículo 25 del Decreto 2351 del año 1965, en donde se dispone que los trabajadores que han presentado un pliego de peticiones no pueden ser despedidos sin justa causa a partir de la fecha de la presentación del pliego de peticiones y durante las etapas de arreglo del conflicto, por su parte del artículo décimo del Decreto 1373 del año 1966 refiere que dicha protección corresponde a los trabajadores afiliados al sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de la presentación al patrono hasta la firma de la convención o pacto o, en su defecto, el correspondiente laudo arbitral.

De acuerdo con la norma que se menciona, dicho fuero circunstancial impide al empleador terminar sin justa causa la relación laboral exclusivamente para aquellos trabajadores afiliados al sindicato que presentaron el pliego de peticiones, o aquellos no sindicalizados que presentan un pliego encaminado a la firma de un pacto colectivo, por lo que para determinar si el demandante en este caso es beneficiario de la garantía foral, se evidencia que conforme a los documentos allegados en el medio magnético del folio 97, el sindicato de trabajadores de la empresa de teléfonos de Bogotá el día 24 de junio del año 2016 presentó un pliego de peticiones a la entidad demandada y la denuncia parcial de la convención colectiva, e igualmente se allegó en dicho medio magnético copia del acta de inicio de la etapa de negociación o de arreglo directo del 21 de noviembre 2017, con ocasión del pliego presentado por la organización sindical, razón por la cual está probada la existencia del citado conflicto colectivo, no obstante lo anterior, de los medios probatorios que se han aportado al expediente, no se puede determinar que el actor estuviese afiliado a dicha organización sindical, ya que ninguna prueba se encamina en tal sentido más aún cuando conforme a lo expresado por la empleadora, al demandante nunca se le realizaron descuentos con destino al pago de cuotas sindicales, y es el mismo demandante que en el hecho octavo de su demanda señala que el mismo renunció a dicha organización sindical.

En consecuencia, y como quiera que no se probó que el actor se encontrara afiliado a la organización sindical SINTRATELEFONOS para el momento del conflicto colectivo, no se puede establecer la garantía foral en cabeza del actor, razón por la cual absolvió a la entidad demandada de las pretensiones reclamadas con ocasión a la ilegalidad o la ineficacia del despido, al pago de salarios y prestaciones legales, toda vez la garantía foral no le es aplicable.

En cuanto a la pretensión subsidiaria que quedó en la fijación del litigio, indicó que con las pruebas que se han allegado al expediente, no obra una en relación con la afiliación del demandante a la organización sindical que inició el conflicto colectivo, por lo cual no es posible establecer que el actor sea beneficiario de la garantía foral, lo que deviene en la absolución respecto de estas, esto es el reintegro y el pago de salarios y prestaciones legales solicitadas.

Frente a las segundas pretensiones subsidiarias que habían sobrevivido en la fijación del litigio, es decir la terminación del contrato de manera unilateral y sin justa causa

a partir del día 29 de diciembre del año 2016, es una circunstancia que fue establecida en precedencia, señalando que conforme al documento que se llegó a folio 16, la demandada en efecto dio por terminado el contrato de manera unilateral y sin justa causa.

Respecto del no pago de salarios, primas y cesantías, el A quo consideró que el actor no especificó cuáles son estas diferencias que eventualmente la demandada le adeudara, por ello a fin de resolver esta pretensión efectuó una interpretación integral de la demanda, no obstante, observó que de los hechos contemplados en la misma no se logra determinar a qué diferencia está haciendo referencia el demandante, como quiera que la única ausencia de pago que se evidencia o que se anuncia es el ofrecido en el plan de retiro voluntario, aspecto que no es de conocimiento de este despacho conforme a la excepción previa que fue declarada. Así mismo, conforme a los documentos allegados por la entidad demandada, en el medio magnético aportado en el folio número 97, la misma canceló lo correspondiente al bono de desempeño no salarial, las vacaciones no compensadas, y la indemnización por terminación unilateral del contrato, razón por la cual, y en atención a que no aduce el actor cuáles son las falencias en el pago que reclama en relación con los salarios y prestaciones de origen legal, no se puede determinar la cuantía, o la identificación de los mismos que no fueron cancelados, razón por la cual absolvió a la entidad demandada al no ofrecer claridad acerca las diferencias que eventualmente no fueron reconocidas.

Por último, ante la procedencia de la indemnización de qué trata el artículo 65 del CST y el artículo 4 de la convención colectiva, indicó que no se demostró ninguna diferencia adeudada al actor en relación con su salario, primas y cesantías que haya devengado, por lo tanto, se absolvió a la entidad de dicho pedimento, ya que no se demostró mora en el pago de salarios y prestaciones.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora indica que hay tres objetos distintos a dirimir por parte del H. Tribunal cuales son la apelación contra el auto que resolvió las excepciones previas, la consulta de la sentencia dictada y la apelación contra las nulidades propuestas, la primera y la tercera de los objetos a dirimir en su parecer deben procederse a resolver antes que la consulta contra la Sentencia. Así mismo, sobre la sentencia de primer grado, solicita se revoque la misma tras insistir en que el actor no podía ser despedido por encontrarse en conflicto laboral, razón por la cual peticiona se accedan a las pretensiones principales, o en su defecto, a las subsidiarias invocadas en la demanda inicial.

PROBLEMAS JURÍDICOS

A fin de resolver los problemas jurídicos planteados, en primer lugar la Corporación debe recordarle al demandante que respecto a la apelación de las nulidades propuestas que relaciona como punto 3 de sus alegatos de instancia, ello fue objeto de estudio y definición por esta colegiatura mediante decisión del 29 de mayo de 2020, confirmando la decisión proferida el 20 de enero de 2020 proferida por el A quo, en providencia que fue notificada por estados el 29 de mayo de 2020 (folios 118 a 121 del cuaderno 1 del expediente), por lo que procederá a estudiar el recurso de apelación contra la decisión que decidió la excepción previa de falta de agotamiento

de la vía gubernativa (numeral 3 del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S.) y a continuación, desatará el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante respecto de la sentencia (artículo 69 del ibídem), a fin de establecer si es procedente declarar la ilegalidad e ilicitud la terminación del contrato de trabajo, con el consecuente pago de las acreencias laborales pretendidas e indemnizaciones.

CONSIDERACIONES

A fin de resolver el primer problema jurídico planteado, la Sala de Decisión advierte que el artículo 6 del CPT y de la SS establece que cuando las acciones contenciosas estén dirigidas contra cualquier autoridad de la administración pública, éste sólo podrá iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa, que consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que se pretenda y se agota cuando se haya decidido, o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta, norma que a su turno fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencias C 060 de 1996 y C 792 de 2006.

De acuerdo con la citada norma, se tiene que la reclamación administrativa, en tratándose de acciones dirigidas contra entidades de la administración pública se constituye como un factor de competencia, tal como ha considerado la Sala Laboral de la CSJ, citando a modo de ejemplo las sentencias SL 8603 de 2015 y SL1867-2018, pues es la oportunidad para que la administración con anterioridad al trámite de una acción contenciosa, tenga la posibilidad de revisar sus propias actuaciones antes de ser sometidas a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, independientemente de la calidad que detente a futuro algún sujeto procesal que haya sido vinculado a la litis o la calidad en que se cite a cualquier otro sujeto procesal.

Definido lo anterior, pertinente es aclarar que la naturaleza Jurídica de la pasiva Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá es una empresa de servicios públicos de capital mixto y naturaleza especial, constituida como sociedad comercial por acciones, con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal con un régimen de derecho privado, cuyo accionista mayoritario, el Distrito Capital de Bogotá posee el 86.36% de las acciones, en tanto que inversionistas privados tienen el 11.6% y otros accionistas públicos tienen el 2% restante, por lo que no queda duda alguna que la parte demandante debía presentar la correspondiente reclamación administrativa en los términos de la norma objeto de estudio.

Teniendo en cuenta lo anterior, observa la Sala de Decisión que si bien la parte actora afirma que con la petición elevada el día 20 de febrero 2017 se entiende agotada la reclamación administrativa frente a las pretensiones principales elevadas en este juicio, es claro que ello no acontece por cuanto en las referidas solicitudes se peticiona lo siguiente (fl.44):

*“PEDRO ALBEIRO MURCIA RODRIGUEZ, mayor de edad, vecino de la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía N 079.427.032 de Bogotá, al Señor presidente me permito **solicitar el reintegro** a la empresa que usted preside por las siguientes razones:*

1. Desde el 24 de junio de 2016 la ETB S.A. E.S.P. se encuentra negociando la Convención colectiva de Trabajo con el Sindicato de Trabajadores de la Empresa de Teléfonos de Bogotá D. E. -SINTRATELEFONOS-

2. A la fecha de terminación de mi contrato de trabajo la empresa y el sindicato se encontraban negociando la Convención.

3. Aún a la fecha de entrega de la presente solicitud se encuentran en la misma negociación en etapa de Arreglo Directo.

4. las normas laborales en sus artículos 25 del Decreto 2359 de 1.965 y 100 del Decreto 1373 de 1.966 protegen por "fuero circunstancial" a los trabajadores mientras se celebra la etapa de arreglo directo entre las partes.

Las anteriores apreciaciones me **llevar a solicitar el reintegro** a la ETB S.A. E.S.P.”

Teniendo en cuenta lo anterior, y una vez realizada la revisión detallada de la petición elevada el 20 de febrero de 2017 (fl.44), y ante la inexistencia de prueba adicional o contraria aportada por la parte actora, se tiene que la misiva en cita funda el pretendido reintegro en la existencia de un eventual fuero circunstancial del actor, sin que se establezca otra situación diferente a la allí plasmada, tales como la existencia de presuntos actos de presión para renunciar al sindicato SINTRATELEFONOS o un cambio de régimen salarial, los cuales no pueden inferirse de las pretensiones elevadas en la reclamación y en la demanda, dado que se ha omitido dar oportunidad a la parte demandada de pronunciarse sobre los mismos pedimentos previo a la presentación de la demanda, lo que a todas luces riñe con la finalidad consagrada en el artículo 6 del CPT y de la SS, y de la jurisprudencia antes citada.

Así las cosas, es claro que la decisión adoptada por el A quo se ajusta a lo establecido en el artículo 6 del CPT y de la SS, en atención a que la reclamación del actor efectuada el 20 de febrero de 2017, solamente se surtió respecto del reintegro ante la eventual existencia de un fuero circunstancial.

Ahora bien, respecto de la reclamación realizada el día 17 de julio de 2017 (fl.45), es claro que de su texto se solicitó a la ETB lo siguiente: “*Me permito presentar reclamación por la liquidación definitiva de prestaciones sociales, en la parte referente a la indemnización liquidada a que tengo derecho, debido que conforme lo consagra el artículo 4 de la convención de 1.988-1989 y el artículo 196 de la recopilación de las convenciones colectivas efectuadas en 1.994 de trabajo, suscrita entre los trabajadores por intermedio del sindicato SINTRATELEFONOS y la empresa de teléfonos de Bogotá*”, empero, dentro de la misma, no se hace referencia alguna sobre el pago de la indemnización establecida en el plan de retiro voluntario ofrecido al actor en el año 2010 (pretensiones segundas subsidiarias 3, 4 y 5), lo cual constituye la falta de agotamiento establecida en el artículo 6 del CPT y de la SS, y por ende no es dable realizar estudio alguno sobre dichos pedimentos en esta instancia judicial.

Así las cosas, es claro para la corporación que en el presente asunto la parte demandante no agotó la reclamación administrativa en los términos del artículo 6 de la norma adjetiva laboral respecto de las pretensiones invocadas en los numerales 4 y 5 principales, y 3, 4 y 5 de las segundas subsidiarias, por ende, se confirmará la decisión de primera instancia.

Ahora bien, una vez desatado el recurso de apelación respecto de la resolución previa de falta de agotamiento de la vía gubernativa, la Sala de Decisión procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora frente a la sentencia proferida por el A quo el 14 de agosto de 2019, en los siguientes términos:

Pretensiones principales y primeras subsidiarias

Respecto de estas pretensiones, se evidencia que la parte actora solicita se declare que la terminación del contrato de trabajo acaecido el 29 de diciembre de 2016 es ilegal e ilícito debido a que el actor se encontraba con fuero circunstancial, razón por la cual se debe establecer en primer lugar si el actor contaba con dicha garantía.

En cuanto al fuero circunstancial, se debe recordar que este tiene su génesis constitucional en el artículo 55 de la norma superior, en la cual, se estatuye que “*se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con la excepciones que señale la Ley*”, protección que encuentra su efectiva realización en la garantía legal estatuida en el artículo 25 del Decreto 2153 de 1965, que ampara a los trabajadores de una empresa para que no puedan ser despedidos cuando se encuentre vigente un proceso de negociación colectiva o conflicto colectivo, en la búsqueda de la celebración de una convención colectiva o pacto colectivo, lo que quiere decir, que este fuero no sólo cobija a quienes se encuentren afiliados a una organización sindical, sino también a aquellos trabajadores no sindicalizados que se hubieren conglomerado para auspiciar la suscripción de un pliego de peticiones para mayor bienestar de las condiciones laborales que presenten.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corporación procede a verificar si el actor cumple a cabalidad con los requisitos establecidos en el artículo 25 del Decreto 2153 de 1965 para ser beneficiario de la garantía de fuero circunstancial, para ello, en primer lugar, se tiene acreditado que el contrato de trabajo del actor fue terminado sin justa causa el veintinueve (29) de diciembre de 2016, hecho que se demuestra con la copia de la comunicación emitida por la ETB en la cual finiquita el vínculo laboral con el actor (fl.16), y con la certificación emitida por la demandada el siete (7) de junio de 2017, en la cual informa que el actor prestó sus servicios a la ETB desde el cuatro (4) de febrero de 1999 hasta el veintinueve (29) de diciembre de 2016 (fl.48).

Ahora bien, una vez establecido que el contrato de trabajo se dio por terminado sin justa causa por parte de la ETB el veintinueve (29) de diciembre de 2016, de igual forma se encuentra acreditado que entre la demandada ETB S.A. ESP y el sindicato de trabajadores de la empresa de Teléfonos de Bogotá SINTRATELEFONOS se inició la etapa de arreglo directo de negociación del conflicto colectivo el treinta y uno (31) de noviembre de 2017 la cual se cerró el 15 de diciembre de 2017 sin acuerdo entre las partes, empero, se alcanzó un acuerdo convencional el siete (7) de marzo de 2017, tal y como se desprende del acuerdo convencional 2018-2020 (fl.97).

Ahora bien, una vez establecida la fecha de terminación del contrato de trabajo del actor, y los extremos en los cuales se mantuvo vigente el proceso de negociación colectiva o conflicto colectivo entre la ETB S.A. ESP y el sindicato de trabajadores de la empresa de Teléfonos de Bogotá SINTRATELEFONOS, se debe estudiar por parte de la Sala de Decisión si el actor se encuentra cobijado o no por la garantía de fuero circunstancial, para ello, se debe precisar que dicha prerrogativa solo es aplicable a los trabajadores afiliados a una organización sindical y a aquellos trabajadores no sindicalizados que se hubieren conglomerado para auspiciar la suscripción de un pacto colectivo como lo establece el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, protección que a su turno ha sido desarrollada de vieja data por la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado 39452 de 2012 y reiterada en la SL13275-2015, consideró lo siguiente:

“[...] la norma en verdad se refiere en general a todos los eventos de presentación de pliego de peticiones, tanto a aquellos que se tramitan por intermedio de un sindicato, como a los que formulan los trabajadores no sindicalizados, y cuando el texto alude a

los trabajadores que hubieren presentado el pliego de peticiones se refiere a ambas hipótesis, estableciendo la protección para cada una de ellas, a sabiendas de que se trata de dos eventos independientes; de suerte que gozan de la prerrogativa foral los afiliados al sindicato que presentó el pliego, si se hizo de este modo, y los trabajadores no sindicalizados que hicieron lo mismo con miras a firmar un pacto colectivo, si esta fue la situación.

Lo anterior quedó más claro con la expedición del Decreto Reglamentario 1469 de 1978, cuyo artículo 36 dispuso lo siguiente:

‘La protección a que se refiere el artículo 25 del decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso’.

En consecuencia, el artículo 25 mencionado no puede entenderse en los términos sugeridos por el recurrente cuando insinúa que presentado el pliego de peticiones la protección se extiende a todos los trabajadores y en particular en este caso al demandante, dado que la norma no impone el requisito de la afiliación previa al sindicato, con lo cual desde luego, con cierto rodeo, pretende desdeñar la posición del tribunal al negar el reintegro con base en el desconocimiento de la empresa de dicho estado de afiliación del demandante, porque como ya se dijo la norma se refiere a varias hipótesis y una de ellas ello es que si el conflicto colectivo se hace a instancias de un sindicato el fuero circunstancial protege a los afiliados al mismo, únicamente; mientras que si lo hace un grupo de trabajadores no sindicalizados, sólo estos están protegidos por la anotada garantía, tal como tuvo oportunidad de precisar la Corte en sentencias de 11 de agosto de 2004, radicado 22.616 y de 28 de febrero de 2007, radicado 29.081.”

Teniendo en cuenta lo anterior, una vez analizados los elementos de prueba aportados al proceso, observa la Corporación que el actor no acredita la condición de afiliado al sindicato de trabajadores de la empresa de Teléfonos de Bogotá SINTRATELEFONOS al momento de la terminación del contrato de trabajo (29 de diciembre de 2016), requisito esencial para ser beneficiario del pretendido fuero circunstancial establecido en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 y conforme a las reglas del precedente vertical antes citado. La anterior consideración se funda en el hecho de que la parte demandante no aporta al proceso documento alguno u otro medio de convicción que permita acreditar esta condición (artículo 167 CGP); así mismo, se debe indicar que si bien al plenario se aportaron varios desprendibles de nómina del actor (fls.49, 97), de los mismos no es dable inferir la calidad de afiliado debido a que los mismos no evidencian descuento alguno por concepto de cuotas sindicales o con destino a la organización sindical en mención.

Ahora bien, una vez establecido que el demandante no acreditó su calidad de afiliado al sindicato de trabajadores de la empresa de Teléfonos de Bogotá SINTRATELEFONOS al momento de la terminación del contrato de trabajo, ello no es óbice para descartar la eventual existencia de la garantía de fuero circunstancial, dado que esta prerrogativa se hace extensiva a los trabajadores no sindicalizados que hicieron la presentación de un pliego de peticiones con miras a firmar un pacto colectivo, empero, dicha circunstancia tampoco fue demostrada dentro del plenario.

Así las cosas, es claro que en el presente asunto el actor no acreditó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 para ser beneficiario de la garantía de fuero circunstancial, lo que conlleva a que no sea dable acceder al pretendido reintegro, absolviendo a la parte demanda de dicha pretensión. De igual manera y dado que la prosperidad de las demás petitorias principales se edificaba en el reintegro del actor, el cual no fue concedido, igual suerte corren estas pretensiones de carácter principal y las primeras subsidiarias por sustracción de materia.

Pretensiones segundas subsidiarias

Respecto de estas pretensiones, se evidencia que la parte actora solicita se declare que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo al demandante de manera unilateral y sin justa causa a partir del veintinueve (29) de diciembre de 2016, y que, como consecuencia de lo anterior, se declare que no pagó el valor total de los salarios, primas y cesantías, y tiene derecho a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST y a la indemnización de que trata el literal D del artículo 4 de la convención colectiva 1990-1991.

Frente al primer problema jurídico planteado, la corporación debe precisar que dicho aspecto ya fue objeto de análisis en esta decisión, oportunidad en la cual se estableció que en efecto al actor la parte demandada le dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa el veintinueve (29) de diciembre de 2016, situación fáctica que se desprende de la misiva obrante a folio 16, y con la certificación emitida por la parte pasiva el siete (7) de junio de 2017 (fl.48), decisión que a su turno llevó a que la demandada ETB realizará el reconocimiento y pago de la respectiva indemnización (fl.49 y 97).

Ahora bien, una vez establecido que el contrato de trabajo del demandante fue terminado sin justa causa por la ETB SAS ESP el veintinueve (29) de diciembre de 2016, con el respectivo pago de la indemnización legal, por lo que se procede a verificar si a la terminación del vínculo laboral la parte pasiva adeuda al actor algún valor por concepto de salarios, primas y cesantías, frente a ello, se debe aclarar que si bien el actor ingresó a laborar el cuatro (4) de febrero de 1999 (fl.48), a partir del primero (1) de diciembre de 2002 el demandante cambió su modalidad de remuneración a salario integral de común acuerdo (fls.30, 97), acto bilateral que conllevó a que la parte pasiva el veintinueve (29) de noviembre de 2002 efectuara *“la liquidación de cesantía definitiva y prestaciones sociales por cambio de modalidad salarial de ordinaria a integral”* (fl.97), la cual fue entregada al actor y aceptada por el mismo.

Conforme a lo expuesto, es claro que al actor, se le reconoció el valor de las prestaciones sociales legales, convencionales y cesantías definitivas desde el cuatro (4) de febrero de 1999 y hasta el treinta (30) de noviembre de 2002, fecha en la cual el actor cambió su modalidad de remuneración a salario integral, modalidad salarial que compensa de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.

Aunado a lo anterior, se debe precisar que dentro del trámite de este proceso no es dable analizar el acto jurídico de cambio de modalidad salarial de ordinaria a integral, toda vez que este aspecto no fue objeto de debate al interior del proceso al no agotarse la reclamación administrativa al respecto, por ende, esta instancia se relevará de su análisis y le dará plena validez a lo que convinieron las partes.

Así las cosas, y del material probatorio aportado, es claro que la demandada el día veintinueve (29) de noviembre de 2002 realizó la liquidación definitiva y pago de las prestaciones sociales y del auxilio de cesantías del demandante, las cuales corresponden al periodo causado entre el cuatro (4) de febrero de 1999 y hasta el

treinta (30) de noviembre de 2002, en atención a que a partir del primero (1) de diciembre de 2002 el actor se acogió a la modalidad de salario integral. Ahora bien, respecto del concepto de salarios, se evidencia que la parte pasiva acreditó el pago de los salarios adeudados al actor con la liquidación definitiva obrante a folios 30 y 97, aunado al hecho de que la parte actora en los hechos de la litis no indicó que la parte pasiva le adeudara monto alguno por dicho aspecto. Razones por las cuales se absolverá a la parte demandada de dichas pretensiones.

Por otro lado, respecto del reconocimiento de la indemnización establecida en el literal D del artículo 4 de la convención colectiva 1990-1991, se debe indicar que la misma no es procedente en el presente asunto, dado que el actor el veinte (20) de noviembre de 2002 manifestó a la demandada que renunciaba al régimen de la convención colectiva de trabajo que se le venía aplicando, declaración que fue aceptada por las partes y plasmada con la suscripción del “*acta de modificación y adición al contrato de trabajo de fecha 4 de febrero de 1999, suscrito entre ETB y Pedro Albeiro Murcia Rodríguez y cambio de modalidad salarial de ordinaria a integral*”, en la cual en el párrafo quinto de la cláusula primera se acordó expresamente que “*Dada la renuncia que **EL TRABAJADOR** hizo por escrito a la aplicación de los beneficios de la convención colectiva suscrita entre **ETB** y el sindicato empresa, no tiene derecho a que le sean reconocidas las prestaciones sociales y demás conceptos establecidos o que se establezcan en ella.*” (fls.41 a 43), decisiones que no fueron objeto de reparo dentro del presente trámite, por ende, las mismos cuentan con plena validez, concluyendo que el actor renunció, incluso a la indemnización convencional citada, que a su turno conlleva a que esta no le sea aplicable, y con ello a la absolución de esta pretensión.

Ahora bien, respecto de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, considera la Sala de Decisión que esta no es procedente dado que dentro del plenario no se acreditó que la demandada a la terminación del contrato de trabajo adeudara al actor salarios o prestaciones sociales, supuestos de hecho que son necesarios para la procedencia de la citada indemnización, por ende, se absolverá a la parte demandada de dicho pedimento.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primer grado. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el catorce (14) de agosto de 2019 por medio del cual se decidió la excepción previa de falta de agotamiento de la reclamación administrativa, proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el catorce (14) de agosto de 2019 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de GLORIA NANCY CELIS MUÑOZ
contra COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-038-2018-
00180-01.**

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de octubre de 2019.

ANTECEDENTES

La señora **GLORIA NANCY CELIS MUÑOZ**, pretende que se declare la nulidad de la afiliación mediante la cual efectuó el cambio de régimen pensional del ISS a la AFP PORVENIR, por no existir la debida, suficiente y clara información que le permitiera efectuar ese cambio, en consecuencia, se ordene el traslado de los aportes pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del fondo de pensiones privado a Colpensiones y se acrediten como semanas aportadas, como si nunca se hubiera efectuado traslado alguno de régimen pensional, activando su afiliación en Colpensiones.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que inició su vida laboral efectuando aportes a pensión en el año de 1.975 y al momento del cambio de afiliación, el 14 de julio de 1999 tenía cotizadas a pensión una suma que supera las 793 semanas,

pero que, al momento de la presentación de la demanda había cotizado más de 1.700 semanas. Sostuvo que, al momento de la afiliación al RAIS el representante comercial de AFP PORVENIR por persuasión insistente y ofrecimiento de altas rentabilidades que le generarían una mesada pensional más alta, junto a otras garantías y beneficios, se incurrió en un vicio de consentimiento y terminó por aceptar esta opción como la aparentemente más beneficiosa, lo cual conlleva a que por su omisión y parcialidad de información la condujeron a error, puesto que de haber sido veraz su información no hubiese aceptado el cambio de régimen. De igual modo, sostuvo que dicha AFP le realizó una simulación pensional, la cual arrojó un IBL de \$3.080.169, en cambio, de no haberse producido el traslado del RPM, en COLPENSIONES la mesada sería incluso de \$2.359.000 más favorable que en el RAIS. Resaltó igualmente que bajo el Decreto 2071 de 2015 de la Superintendencia Financiera, es obligación de las administradoras de pensiones suministrar información completa de los beneficios, inconvenientes y efecto de las decisiones para cambiarse a uno u otro régimen de pensiones (fls. 1 a 11).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a cada una de las pretensiones de la demandante, en razón a que en el caso bajo estudio, a la luz del art. 2 Ley 797 de 2003 el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, situación en la que se encuentra la señora GLORIA NANCY CELIS MUÑOZ, puesto que al momento de solicitar el traslado del RAIS al RPM, se encontraba a menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad mínima exigida por la Ley, de modo que, COLPENSIONES actuó bajo los elementos normativos de la Ley. Propuso como excepciones de mérito o de fondo, las que denominó: «inexistencia de la obligación», «Excepción error de derecho no vicia el consentimiento», «prescripción», «imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas» e «innominada o genérica» (fls. 51 a 60).

La **AFP PORVENIR**, por su parte, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, en razón a que a la demandante se le suministró toda la información exigida por mandato legal y por la vigilancia y control que ejerce sobre estas entidades la Superintendencia Financiera, además, la parte actora firmó el formulario de vinculación con pleno conocimiento y consentimiento del proceso de selección, es decir, tomó la decisión libre, espontánea y consciente de seguir vinculada en el RAIS, de tal manera que esta vinculación no fue caprichosa y por ello están dados todos los requisitos de Ley para la validez de la selección del régimen realizado por la demandante. Aunado a ello, señaló que el deber de asesoría en los términos que plantea

la actora, solamente fue previsto cuando se creó el Sistema de Información al Consumidor Financiero, con la Ley 1328 de 2009 y su Decreto Reglamentario 2555 de 2010. Propuso como excepciones de mérito, las de «Prescripción», «Falta de Causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica».

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de octubre de 2019, decidió absolver a PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la señora GLORIA NANCY CELIS MUÑOZ en su demanda.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró, en síntesis, que no se evidenció en el acto jurídico que contempló el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad algún vicio en el consentimiento, pues de las pruebas obrantes en el proceso no se advertía que haya sido obligada a firmar el formulario. Aunado a que estaba lejana a la edad adquirir la prestación por vejez, pues le faltaban alrededor de 17 años. Además, sostuvo que la demandante incurrió en un error de derecho que no puede ser subsanado por vía judicial y por lo tanto tenía que asumir sus consecuencias.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la parte actora, inconforme con la decisión, la apeló, argumentando para tal efecto, que sí era procedente la nulidad del traslado en el sistema de pensiones del régimen pensional del RPM al RAIS, pues conforme a las sentencias Nos. 33033 y la radicada con el No. 31988, los engaños no solamente se dan con lo que se afirma sino con lo que se calla, y que los fondos sí tienen la obligación de dar la información clara, suficiente, tanto en el momento de dar la información como durante todo el término en que la persona se encuentre afiliada, precisando que no es la afiliada la que tiene que estar diciéndole al fondo o estar pendiente de qué información se le da, pues en su sentir no es la actora la que tiene los medios para poder acceder a la información sino la administradora de pensiones y lo correcto era que por lo menos el fondo de pensiones hubiera hecho los trámites suficientes y necesarios para poderle entregar a la demandante una información clara, suficiente, que pudiera complementar el hecho de haber firmado su afiliación, situaciones que en su sentir, no se probaron en autos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida como se encuentra la oportunidad de alegar de conclusión en el inicio de la audiencia celebrada el 19 de febrero de 2020 (fl. 152), se cumplió con lo previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020 en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte, incluso respecto de afiliados que no son titulares de régimen de transición, quedando a cargo de las AFPs que diligencian con el usuario el traslado de régimen pensional y, en ese orden de ideas, para la mayoría de esta Sala de Decisión se hace insostenible mantener el criterio que venía adoptando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, con lo cual, una interpretación de dichas decisiones acorde con su finalidad impone que por economía procesal, y una pronta y cumplida justicia se adopte para ello una misma evaluación fáctica y probatoria de los asuntos que involucran dicha problemática. Por lo tanto, en lo sucesivo las decisiones sobre esta temática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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

vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Así las cosas, a folio 149 obra copia de la cédula de ciudadanía de la accionante (impresa para mayor claridad del expediente administrativo aportado en medio magnético por Colpensiones a folio 139), donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 21 de mayo del 1959, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 21 de mayo del 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante Colpensiones el 17 de noviembre del 2017 (fl. 41) y ante la AFP PORVENIR el 9 de noviembre del 2017 (fl. 39), es decir cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 536.43 semanas de cotización (fls. 70 y 96 vto.) equivalentes a 10 años, 5 meses y 12 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 14 de julio de 1999 (fl. 18 y 93), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

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

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

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

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

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

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional; sin que en este caso tenga incidencia las manifestaciones expuestas por la actora en el interrogatorio de parte (Cd. fl. 141,

record: 12:42) pues tan solo afirmó que le dijeron que el ISS se iba acabar, que se podía pensionar a cualquier edad y que los rendimientos de sus aportes serían más altos.

En la misma dirección, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 112 y 113 es de anotarse la transcripción de normas legales allí consignadas no suplen el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de textos legales relacionados con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 18), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este contexto, debe precisarse frente al tema que en su reciente criterio decisorial, vía acción de tutela, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, como en este caso, también le correspondía a la AFP demandada PORVENIR S.A. probar que en el momento del traslado de régimen (14 de julio de 1999, fl. 18), cumplió con el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO y no en la nulidad del traslado de régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, ello no configura una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

Por lo anterior, en virtud de la ineficacia de la afiliación que verificó la demandante en el RAIS, se revocará la decisión de primera instancia, para en lugar, ordenar a

PORVENIR S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración – (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, es claro que esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisorio en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de octubre de 2019 y en su lugar, se declara la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por la señora **GLORIA NANCY CELIS MUÑOZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de ello, se ordena a **PORVENIR S.A.** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–** todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, incluidos los gastos de administración, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

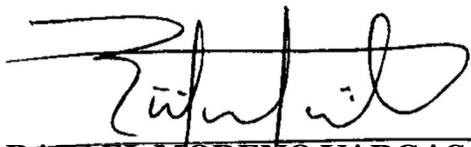
SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la **PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado
Aclaración de Voto

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de CAROLINA MELO QUIJANO
contra COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-038-2018-
00355-01.**

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de octubre de 2019.

ANTECEDENTES

La señora **CAROLINA MELO QUIJANO** pretende se declare la nulidad de la afiliación al fondo de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A. realizada en el año 1999, que como consecuencia de lo anterior se declare la nulidad del traslado de la demandante al RAIS, se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante; se ordene a COLPENSIONES recibir e incluir en la historia laboral de la actora las semanas que correspondan a los periodos de tiempo que fueron cotizados en el RAIS, y a lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 17 de abril de 1959, e inició a efectuar los aportes a pensión el 01 de enero del año 1.995 en el Instituto de Seguros Sociales, y que mediante afiliación efectuada en el mes de abril de 1999 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., dado que varios asesores de la AFP le indicaron acerca de la quiebra y cierre del mencionado Instituto, además, por persuasión insistente y ofrecimiento de altas rentabilidades que generarían una mesada pensional más alta y otras garantías y beneficios. Que en ningún momento la AFP le habló sobre las posibles desventajas de su traslado,

sobre el monto de la mesada, las modalidades de pensión en el otro régimen, sobre la distribución de la cotización, la incidencia de la composición del núcleo familiar en la determinación del monto de la mesada, no le realizó una proyección sobre el monto de la mesada pensional en el RAIS y en el RPM. Aunado a lo anterior, refiere la demandante que en el año 2016 acudió ante COLFONDOS S.A. donde le informaron que tal vez se podría pensionar con una mesada equivalente a un salario mínimo, como consecuencia de lo anterior, el 27 de noviembre de 2017 solicitó a COLFONDOS S.A. y a COLPENSIONES el traslado al RPM, la cual fue negada mediante oficio del 7 de diciembre de 2017 por parte de la AFP. (fls.1 a 11).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, poniendo de presente que el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo los formularios para efectuar dicho traslado, voluntad que se vio ratificada con los más de 15 años que ha realizado cotizaciones al RAIS. Además, el artículo 2 de la ley 797 de 2003, establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada 5 años, sin embargo, el artículo 1 del Decreto 3800 de 2003 limitó este derecho cuando al afiliado le faltare 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, por lo tanto, no es posible su retorno al régimen administrado por Colpensiones. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia del derecho y de la obligación», «error de derecho no vicia el consentimiento», «buena fe», «prescripción», «imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas» e «innominada o genérica» (fls.78 a 104).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, por su parte, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, en razón a que la demandante, haciendo uso de su libertad de traslado, suscribió y efectuó aportes al régimen de ahorro individual; se cumplieron todos los requisitos para el traslado, suministrándole toda la información exigida por mandato legal. Además, la parte actora ratificó su libertad y consentimiento, no haciendo uso de la posibilidad de traslado al régimen de prima media en la debida oportunidad. Por las razones expuestas, solicita se le absuelva de todos y cada uno de los cargos formulados en su contra. Propuso como excepciones de fondo las de «validez de la afiliación», «inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A.», «buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (fls.146 a 154).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de octubre de 2019, decidió absolver a COLFONDOS S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la señora CAROLINA MELO QUIJANO en la demanda. Además, condenó en costas a la parte demandante, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma

de \$500.000 a favor de cada una de las demandadas. Por último, ordenó la consulta de la providencia en caso de que no fuese apelada oportunamente.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que no se puede deducir fuerza sobre la demandante por el empleador o si quiera por un tercero para que se afiliara al régimen pensional privado, por ende, hay ausencia del dolo como vicio del consentimiento, es decir, que no se acreditan conductas que se conceptualicen como maliciosas ni que se le afectara ningún tipo de expectativa, por lo cual, no puede predicarse la existencia de dolo en el proceso de afiliación de la demandante. Adicionalmente, consideró que se encuentra que la información suministrada fue acorde atendiendo el momento o la época del traslado, por esto, la demandante tomó una decisión adecuada para ese instante, por lo que no puede ser catalogado como un error del consentimiento ni da lugar a la ineficacia del traslado de régimen.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la parte actora apeló la decisión, alegando que la ineficacia pretendida se debe estudiar conforme lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la cuales los asesores deben informar a los usuarios acerca de las características del régimen de prima media y de ahorro individual, situación que aquí no se probó ni se demostró y que ni siquiera fue abordado dentro de la sentencia. Así mismo, afirmó que en cuanto a los vicios del consentimiento por error, fuerza y dolo, si bien no se encuentran probados, establece el artículo 63 del código civil que la culpa grave, la negligencia grave, la culpa lata equivalen al dolo, por lo que si habría dolo en el presente asunto dado el actuar de la AFP.

Por otro lado, afirmó que al momento del traslado a la demandante no le faltaban 17 años para pensionarse, por cuanto solo le faltaban 6 o 7 años para ello dado que ella empezó a trabajar en el año 1980, según el formato CLEBP que está en el expediente, hecho que conlleva a que la demandante contara con más de 19 años al momento del traslado lo que constituye una expectativa legítima. Por último, manifestó que no es bueno pretermitir los pronunciamientos de la Corte Constitucional así como los de la Corte Suprema, insistiendo en que la línea de la Corte no es obligatoria pero ha sido pacífica y debe ser estudiada en cada caso particular; por ello, y debido a la densidad de cotizaciones que tenía la actora ameritaban hacer un estudio más de fondo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida la etapa de alegaciones en término en el inicio de la audiencia celebrada el 4 de marzo de 2020 (fls.183 y 184), se cumplió lo previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020 en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte, incluso respecto de afiliados que no son titulares de régimen de transición, quedando a cargo de las AFPs que diligencian con el usuario el traslado de régimen pensional y, en ese orden de ideas, para la mayoría de esta Sala de Decisión se hace insostenible mantener el criterio que venía adoptando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, con lo cual, una interpretación de dichas decisiones acorde con su finalidad impone que por economía procesal, y una pronta y cumplida justicia se adopte para ello una misma evaluación fáctica y probatoria de los asuntos que involucran dicha problemática. Por lo tanto, en lo sucesivo las decisiones sobre esta temática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Así las cosas, a folio 14 obra copia de la cédula de ciudadanía de la accionante donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 17 de abril de 1959, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 17 de abril del 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS el 27 de noviembre del 2017 (fls.36 y 44), es decir cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - 1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 13 años, 2 meses y 11 días de servicios al Hospital Militar central (fls. 15

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

a 23), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 30 de abril de 1999 (fls. 47, 155 a 157), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a Colfondos S.A.

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

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

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

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

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen, la aquí accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional; sin que en este caso tenga incidencia las manifestaciones expuestas por la actora en el interrogatorio de parte (Cd. fl. 169, record: 7:57) pues tan solo afirmó que le dijeron que el ISS estaba quebrado y que se iba acabar, que si se trasladaba si se podía pensionar, que podía hacer aportes voluntarios para mejorar su pensión.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 47 y 155), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

Así las cosas, conforme a la reciente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, vía las sentencias de tutela referidas y su doctrina sobre el deber de información en este particular aspecto, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (30 de abril de 1999, fls. 47 y 155), cumplir con el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, ello no configura una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En virtud de la ineficacia de la afiliación en el RAIS, se revocará la decisión de primera instancia, para en lugar, ordenar a COLFONDOS S.A., trasladar a la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta es claro que esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se revocará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas. Las costas de primera instancia corren a cargo de COLFONDOS S.A.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de octubre de 2019 y en su lugar, se declara la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por la señora **CAROLINA MELO QUIJANO** en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de ello, se ordena a **COLFONDOS S.A.** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**– todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos incluidos los gastos de administración, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

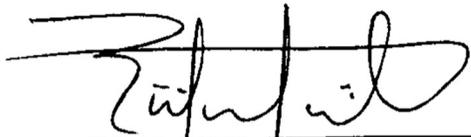
SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** para que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de **COLFONDOS S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado
Aclaración de Voto

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado OFELIA BETANCOURT
HERNANDEZ contra COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. Rad.
110013105-030-2019-00330-01.**

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte accionada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de octubre de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **OFELIA BETANCOURT HERNANDEZ**, pretende se declare la NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad –RAIS- efectuada a COLFONDOS, al no haberle proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado incumpliendo con su deber de buen consejo; como consecuencia de lo anterior, que se ordene a la AFP la devolución a COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1476 del C.C.; Así mismo, se ordene que COLPENSIONES reactive su afiliación, disponiendo el retorno automático al régimen de prima media.

Como fundamento de sus pretensiones, informó haber nacido el 04 de enero de 1960; que se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES el 18 de octubre de 1978, habiendo aportado un total de 870 semanas al RPM, previo a su traslado al RAIS. Manifestó que con la entrada al mercado del RAIS, seleccionó a COLFONDOS S.A. como su nueva administradora de pensiones el 31 de agosto de 1996, donde se encuentra actualmente afiliada, no obstante, sostuvo que los asesores de COLFONDOS S.A omitieron su deber de información al no indicarle que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el RPM, no realizarle proyección alguna sobre el valor de la pensión que le correspondería en el RAIS en comparación con el RPMPD; que los asesores sólo hicieron reuniones públicas donde informaron que podría acceder a una pensión anticipada, frente a la prevista en el ISS y en cuantía superior, sin que se le explicase las consecuencias adversas del traslado; y con base a la información proporcionada, suscribió el formulario de vinculación a COLFONDOS S.A. inducida por el error. Agregó haber solicitado una proyección de su mesada pensional ante COLFONDOS en abril de 2019, donde se le indicó que ésta ascendería a \$2.840.000, cuando en realidad su IBL en los últimos 10 años ha oscilado entre los 3 y 9 millones de pesos, incluso cotizó con 25 SMLMV, de modo que su mesada pensional debería ser superior; por lo anterior, solicitó el traslado de régimen ante COLPENSIONES, obteniendo respuesta desfavorable (Fls. 64 a 75).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que obra en el expediente medios de prueba suficientes que conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria; poniendo de presente que en este asunto la demandante no se encuentra amparada por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al RPM en cualquier tiempo, debió hacerlo cuando le faltara más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, pero dicha solicitud la elevó cuando ya estaba a pocos años para cumplir con el requisito de la edad, por lo tanto, no es posible su retorno al régimen administrado por COLPENSIONES. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 85 a 93).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, por su parte, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, argumentando que es improcedente la solicitud de ineficacia de la afiliación al RAIS, por cuanto no existe vicio alguno del consentimiento expresado por la accionante al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a la AFP, por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del

régimen realizada por la demandante, puesto que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la ley, es decir el RPMPD o RAIS, es libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien manifestó por escrito su elección al momento de vincularse o de traslado, hecho que se realiza con la suscripción de la solicitud de afiliación al respectivo fondo. Además, agregó que la demandante no hizo uso del derecho de retracto. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación de la causa por pasiva», «buena fe», «ausencia de vicios del consentimiento », «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad», «innominada o genérica», «ausencia de presupuestos para la configuración de la sanción prevista en el artículo 271 de la ley 100 de 1993», «ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.S», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «compensación y pago» (Fls. 106 a 122).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de octubre de 2019, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante al RAIS acaecido el día 1 de OCTUBRE de 1996, declarando a su vez válidamente afiliada la demandante a COLPENSIONES; condenó a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, costos cobrados por administración debidamente indexados; e igualmente, ordenó a COLPENSIONES recibirlos efectuando los ajustes en la historia laboral de la actora.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que la AFP accionada no cumplió con la carga procesal de acreditar que al momento del traslado le suministró a la demandante una información detallada, concreta y comprensible, necesaria para tomar la decisión del traslado, precisando que no se podía entender que esa carga probatoria se haya cumplido con la simple presentación del formulario de afiliación, por lo que, la voluntad de la actora estuvo viciada por falta de ilustración. En cuanto a la excepción de prescripción indicó que la misma no procede cuando se trata de derechos pensionales (Fls. CD 128, 136, 137).

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, el apoderado de COLFONDOS interpuso recurso de apelación, insistiendo en que el acto de traslado fue libre y voluntario, el cual no puede verse afectado por el hecho de querer obtener una pensión más alta, pues eso para la época en que se surtió el traslado, no era previsible. De otro lado, se refiere a los gastos de administración, los que refiere no tienen por qué ser devueltos de manera indexada

con el patrimonio de la administradora de pensiones, advirtiendo, en los términos del Decreto 2555 de 2010, estos gastos de administración no son del fondo de pensiones ni hacen parte de su patrimonio, ni hicieron parte del PYG que se presenta ante las entidades competentes. Ello, argumenta, por cuanto esos dineros tienen 11 destinaciones específicas, entre ellas, la generación de rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual, el pago de pólizas para el pago de pensiones de sobrevivientes e invalidez, etc. En síntesis, refiere, estos no sirven para enriquecer a la sociedad. Asimismo, refiere, tales gastos se encuentran compensados con los rendimientos que habrán de trasladarse a COLPENSIONES y eso porque los rendimientos que generan los fondos de pensiones son muy superiores a los generados por Colpensiones, con lo cual, infiere, los gastos de administración están más que garantizados con los rendimientos de la cuenta, y en ese orden, de ordenarse el traslado de los mismos con cargo al patrimonio de esa sociedad, se generaría un enriquecimiento sin causa.

Finalmente, con relación a las costas, señala que propuso formula conciliatoria que fue aprobada por la demandante, pero por culpa de un tercero no se admitió la misma; sin embargo, siempre tuvo la voluntad de conciliar, por lo que no podía ser condenada en costas (Cd a folio 128).

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida como se encuentra la etapa de alegaciones en el inicio de la audiencia celebrada el 26 de febrero de 2020 (fl. 148), se cumplió lo previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020 en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288; STL3432 de 2020, rad. 58980; rad. 59424; rad. 59356; rad. 59370; STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala como criterio

decisional en esta temática que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las AFPs que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible para la mayoría de la Sala de Decisión mantener la posición que venía adoptando frente a este puntual aspecto y, no obstante entender que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, si resulta evidente que dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio incluso para aquellos afiliados que no son titulares de régimen de transición. Por lo tanto, en aras de cumplir con el cometido institucional de una justicia pronta y oportuna, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a la fundamentación que se verterá a continuación, con base en la argumentación y juicio de valor probatorio que ellas comportan.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Así las cosas, a folio 3 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 4 de enero de 1960, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante el Instituto de Seguros Sociales según se advierte de la respuesta otorgada por esa entidad el 23 de noviembre de 2007 (folio 8) y a COLFONDOS conforme el pronunciamiento de la AFP de 26 de diciembre de 2007 (folio 10), advirtiendo, que si bien de dichas misivas no se constata con exactitud la fecha en la que se radicó la solicitud de traslado ante tales entidades, la demandante en el libelo demandatorio refirió que ello fue cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional (hecho 14, folio 67), situación a la que hizo referencia en iguales términos al absolver el interrogatorio de parte, por lo cual habrá de entenderse que la petición de traslado de régimen se efectuó cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la

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

Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 739,42 semanas de cotización (fl. 12,16 reverso, 140 a 143), equivalentes a 14 años, 2 meses y 4 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 15 de agosto de 1996 (folios 124 y 126) específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

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

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

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera

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

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 124), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

En este escenario, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (15 de agosto de 1996, fl. 124) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es

procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, destacando que no son de recibo los argumentos expuestos por el recurrente en este punto, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

De otra parte, frente al hecho de que la actora antes del traslado estuviese afiliada en pensiones a CAJANAL como se puede leer a folio 12, basta con indicar, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende, siendo la actora afiliada a dicha Caja de Previsión Social, que después de la vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993) continuo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, pues nótese que sus aportes en pensiones se realizaron a tal caja hasta diciembre de 1995 (fl. 12), destacando, incluso, que con posterioridad en el Decreto 2196 de 2009, mediante el cual se dispuso la liquidación de CAJANAL, se estableció de forma expresa en su artículo 4 que los afiliados cotizantes, debían ser trasladados al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, es decir, siendo Colpensiones la única administradora del régimen de prima media, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación de la demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado de régimen, máxime teniendo en cuenta que conforme el artículo 3 de la misma disposición normativa, al liquidarse CAJANAL, la UGPP únicamente asumió la administración de la nómina de pensionados, mas no la afiliación de los cotizantes.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En esta línea, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y, en consecuencia, el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó el a quo, de tal manera que se prohijará la decisión de primer grado en este punto.

De igual forma, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada, conviene precisar, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de

prima medica con prestación definida todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Además, es menester precisar que los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales en costas se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada COLFONDOS, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultó vencida la AFP COLFONDOS, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se confirmará la decisión en este aparte de la sentencia.

En ese sentido y con ese alcance, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

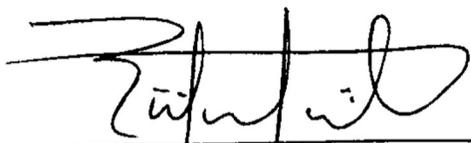
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado
Aclaración de Voto

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de DORIS LADINO HERRERA contra COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. Rad. 110013105-024-2017-00660-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de noviembre de 2019. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **DORIS LADINO HERRERA**, pretende se declare la nulidad de la afiliación al RAIS en PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A.; por ende, solicita se ordene el traslado de la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales de la demandante a COLPENSIONES y consecuentemente, esta última entidad, proceda a activar la afiliación en pensiones de la parte demandante.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 12 de agosto de 1964, que inició a efectuar los aportes de pensión desde el mes de marzo de 1983, que el 13 de marzo de 1995 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP HORIZONTE

S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., sin que se realizara la suficiente ilustración por parte de la AFP, por lo que no existe consentimiento de libertad y voluntad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP OLD MUTUAL S.A.**, por su parte, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, al considerar que no es posible declarar que la actora se encuentra válidamente afiliada al RPM cuando su afiliación al RAIS se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, propiciándole a la demandante toda la información pertinente para que la misma tomara la decisión consiente de afiliarse. Así mismo, indicó que no es dable que la demandante pueda regresar al RPM dado que no cuenta con 15 años de servicios cotizados al 1 de abril de 1994, como lo exige la sentencia SU 062 de 2010. Propuso como excepciones de fondo «prescripción», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «buena fe» y «genérica» (fls.89 a 109).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, y como consecuencia de ello solicitó se absuelva de las peticiones en su contra, y se condene a la demandante en costas y agencias en derecho; solicitudes que funda en el hecho que la accionante tenía la obligación de informarse frente a las consecuencias de generar el traslado al fondo privado AFP Porvenir y Old Mutual posteriormente, en tanto los regímenes pensionales se encuentran regulados en la legislación, por lo que son de público conocimiento y en ese sentido no existía limitación en cabeza de la demandante para informarse de las condiciones de su traslado, no existiendo vicios en el consentimiento. Propuso como excepciones de fondo «buena fe», «hecho de un tercero», «validez del negocio jurídico», «prescripción» e «innominada o genérica» (fls.146 a 157).

La **AFP PORVENIR S.A.**, por su parte, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, al considerar que el traslado que realizó la demandante fue válidamente efectuado de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues de manera previa fue asesorada ampliamente sobre las características propias del RAIS y el RPM según las leyes vigentes para la época del traslado de régimen y entre fondos de pensiones, por lo que de manera libre, consciente y voluntaria decidió pertenecer a este, y en ese sentido, al no ser beneficiaria del régimen de transición no es posible su regreso al RPM ya que no cumple con haber cotizado 750 semanas o 15 años de servicios al 1 de abril de 1994, como se exige en las sentencias 789 de 2002, SU 130 de 2013, SU 062 de 2010 y C 1024 de 2004. Propuso

como excepciones «prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación», «inexistencia de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe», «compensación» e «innominada o genérica» (fls.168 a 186).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, por su parte, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, toda vez que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo dado que el formulario de vinculación que suscribió el accionante se efectuó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato el cual generaron derechos y obligaciones en cabeza de las partes, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, ya que la parte actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Propuso como excepciones de mérito «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones» e «innominada o genérica» (fls.236 a 244).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de noviembre de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS administrado por HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., como consecuencia de lo anterior, ordenó a las AFP devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo a la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, sin realizar deducción alguna; Ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación de la demandante, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros de OLD MUTUAL S.A.

Para arribar a tal conclusión, señaló que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, ello sin importar si se tiene un derecho consolidado. Que en el caso bajo estudio, se observa que se ha invertido la carga de la prueba y le correspondía a la AFP demostrar que existió la explicación debida sobre las implicaciones de cambio de régimen pensional, lo cual no se cumplió por parte de la AFP Horizonte hoy Porvenir, máxime que el formulario de afiliación se encontraba firmado por un asesor de la AFP.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, el A quo consideró que en los procesos en donde se solicita que se reconozca un estado jurídico, como es el caso de la ineficacia, son imprescriptibles, diferente a lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surgen de ese reconocimiento, ello con fundamento en la sentencia SL 1688 de 2019 en donde la Corte Suprema de justicia señaló *“en efecto, de manera reiterada y pacífica, la corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas al que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o que se reconoce un estado jurídico son imprescriptibles, lo anterior bajo la premisa que ni los hecho ni los estados jurídicos prescriben a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surgen de ellos”*, razón por la cual se declara no probada la excepción de prescripción.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, los apoderados de OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A., respectivamente, interpusieron recurso de apelación, solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primer grado. En primer lugar, la apoderada de la AFP OLD MUTUAL, recurre la decisión expresando que su inconformidad radica en la condena por devolución de gastos de administración, expresando que el cobro de gastos administrativos se realiza por disposición legal, pues es en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se establece que efectivamente una parte de la comisión se va a destinar específicamente al cubrimiento de la póliza de invalidez y muerte, y la otra va para temas de administración de la propia cuenta de la señora Doris Ladino Herrera, precisando dicho dinero, ya no se encuentra en las arcas de la AFP y por tanto, la devolución de dichos dineros entran a afectar a la administradora como tal.

Afirma que la demandante estuvo siendo beneficiaria de dicho beneficio por su afiliación con Old Mutual, resaltando que su deber de información fue cumplido, por tanto con la decisión de la a quo se estaría castigando a su representada únicamente por cumplir a cabalidad las disposiciones legales y la normativa vigente establecida e impuesta como administradora, considerando que de no revocarse esta decisión se estaría hablando de un detrimento patrimonial, reiterando que la AFP fue diligente frente a la administración de la cuenta y frente a la aplicación de la normativa legal la cual incluye el cobro de los gastos de administración.

Por su parte, la AFP PORVENIR solicita la revocatoria de la decisión, manifestando que en los pronunciamientos de la CSJ se hace referencia a casos especiales, pues se tratan de personas que tenían régimen de transición, ya sea por edad y/o por semanas, caso que no se acredita en autos. Asegura que cuando se dice que la información debe estar contenida en todas las etapas del proceso, no solamente es de la etapa previa a la

afiliación sino etapas posteriores como la etapa contractual y la pos contractual, advirtiendo que la demandante manifestó en el interrogatorio de parte que se hicieron todas las gestiones pertinentes para la redención del bono pensional, igualmente manifestó recibir todos los extractos y que se acercó últimamente a Old Mutual a mirar y verificar su situación pensional, lo que quiere decir que no solamente en la etapa precontractual sino en etapas posteriores se cumplió con dicho deber de información, manifestando que su traslado fue en el año de 1995, y que le informaron que le beneficiaba el régimen de ahorro individual dado que ella no era beneficiaria del régimen de transición como también que le informaron que le beneficiaba estar en el régimen de ahorro individual porque podría obtener una mejor mesada pensional. Así mismo adujo, que la actora señaló conocer que el régimen de ahorro individual era una cuenta donde se hacía un ahorro que tenía rendimientos financieros y que la diferencia con el régimen de prima media del ISS, es que ésta era una bolsa donde se hacía la inversión de todos.

Por otro lado, señala que la demandante tenía conocimiento de la decisión tomada ya que hizo tres traslados entre administradoras de manera posterior, cuya motivación fue buscar mejores inversiones, para así tener una mejor mesada pensional, lo que quiere decir, que la demandante tenía conocimiento cual era el alcance de dichos rendimientos, aunado a que durante todo el tiempo que estuvo afiliada a su representada, aquella recibió los extractos, y de manera puntual ella observaba los descuentos que se le hacían por gastos de administración, sin embargo, durante todo el tiempo que estuvo afiliada no hizo ninguna manifestación al fondo respecto de los motivos por los cuales se descontaban dichos gastos de administración, razón por la cual considera no habría lugar al descuento de dichos gastos de administración, sino únicamente a descontar los frutos, es decir, los rendimientos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida la etapa de alegaciones en el inicio de la audiencia celebrada el 4 de marzo de 2020 (fls.292 y 293), se cumplió lo previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020 en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de

lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288; STL3432 de 2020, rad. 58980; rad. 59424; rad. 59356; rad. 59370; STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala como criterio decisonal en esta temática que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible para la mayoría de la sala mantener el criterio que venía adoptando frente a este puntual aspecto y, no obstante entender que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, si resulta evidente que dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio incluso para aquellos afiliados que no son titulares de régimen de transición. Por lo tanto, en aras de cumplir con el cometido institucional de una justicia pronta y oportuna, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a la fundamentación que se verterá a continuación, con base en la argumentación y juicio de valor probatorio que ellas comportan.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Así las cosas, a folio 71 copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 12 de agosto de 1964, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el 12 de agosto de 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES el 13 de julio de 2017 (fls.19, 21, 24 y 26), y ante OLD MUTUAL S.A. el 17 de octubre de 2017 (fl.120),

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

es decir cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 431 semanas de cotización (fl.112), equivalentes a un poco más de 8 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 13 de julio de 1995 (fls.17 y 190), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A.

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

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

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber

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

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional; sin que en este caso tenga incidencia las manifestaciones expuestas por la actora en el interrogatorio de parte (Cd. fl.268, record: 38:00) pues tan solo afirmó que los asesores de Horizonte S.A. le informaron que el ISS se iba a terminar y se iba a quedar sin pensionarse, que le iban a mantener, mínimo, las mismas condiciones en un fondo que en el otro, que la única diferencia era que un fondo era del Estado y el otro era privado, que le informaron que los aportes generaban unos rendimientos financieros pero no le indicaron que también tenían pérdidas.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fls.17 y 190), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos

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

Así las cosas, conforme a la reciente línea decisional de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la AFP demandada HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (13 de julio de 1995, fls.17 y 190) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., y como consecuencia lógica de ello, igual suerte corren los demás traslados dentro del mismo régimen a la AFP OLD MUTUAL S.A., precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración – (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019), dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, ello no configura una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

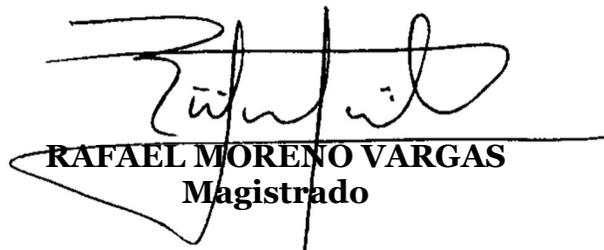
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado
Aclaración de Voto

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de LIDIA MARIA VEGA AMAYA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. Rad. 1100131-05-028-2017-00734-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colfondos S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de noviembre de 2019. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **LIDIA MARINA VEGA AMAYA**, como pretensiones principales, pretende se declare nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual por presentar vicio en el consentimiento al haber sido víctima de engaño por la AFP Colfondos S.A., pues esta no realizó la correspondiente asesoría de acuerdo a su realidad y situación pensional. En consecuencia, solicita que sea Colpensiones la entidad competente para decidir sobre su derecho pensional, se ordene el traslado de aportes realizados a Colfondos S.A. al RPMPD con los rendimientos correspondientes; y por último, que una vez recibidos los aportes, Colpensiones actualice su historia laboral.

Como fundamentó de sus pretensiones, indicó que nació el 24 de marzo de 1962; que se afilió al régimen de prima media el 18 de marzo de 1985, que conoce información de

las AFP del RAIS por charlas realizadas en su lugar de trabajo; que el funcionario que la asesoró omitió información respecto a su expectativa pensional, que lo único que le dijo fue que podría pensionarse a la edad que ella quisiera, con el monto de dinero que ella deseara y que en caso de que falleciera el dinero ahorrado entraría en la masa sucesoral, luego de esta información firmó formulario de afiliación a Colfondos el 01 de marzo de 2001; manifiesta que no le brindaron un estudio real que pudiese proyectar un monto según el IBL al sistema de pensiones, tampoco se le realizó una proyección ilustrativa para calcular la pensión en los dos Regímenes. Indica que el 25 de mayo de 2017 presentó a Colfondos solicitud de traslado al régimen de prima media, el cual fue negado el 15 de junio de 2017; de igual manera, el 8 de agosto de 2017 presentó formulario y petición de nulidad de la afiliación a la AFP y solicitud de traslado a Colpensiones, la cual, el mismo día fue negada por Colpensiones por encontrarse a diez o menos años para pensionarse (Fls. 3 a 20).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la misma, argumentando que Colfondos cumplió con las formalidades para la afiliación de la demandante, y que es la parte actora la que tiene la carga de la prueba, pues no basta que después de varios años de estar afiliada en el RAIS pretenda desvirtuar un acto jurídico que nació a la vida jurídica y ha tenido efectos válidos durante todo el tiempo, aunado a que no aporta prueba alguna tendiente a demostrar su afirmación, por ello, no puede certificarse la supuesta omisión de información, pues COLFONDOS se la suministró de manera íntegra. Aunado al hecho que la demandante manifestó por escrito su selección al momento de la vinculación o traslado. Propuso como excepciones de fondo, las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «no existe prueba de causal de nulidad alguna», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «buena fe», «compensación y pago», «genérica o innominada» y «ausencia de vicios del consentimiento» (Fls. 89 a 103).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto, que además de ser inapropiadas y desacertadas, el origen de la acción no es el vicio en el consentimiento sino la inconformidad respecto de la mesada pensional que recibiría por parte de cada régimen, agregando, la actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra su consentimiento al suscribir el formulario de afiliación para el cambio de régimen pensional, el cual itera, se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones

dejando sin certeza lo estipulado en el escrito de demanda. Lo anterior, sumado al hecho de no reunir los requisitos legales para regresar al régimen de prima media con prestación definida en los términos legales y jurisprudenciales vigentes. Propuso como excepciones de fondo, las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas e instituciones administrativas de seguridad social del orden público», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 144 a 154).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de noviembre de 2019, declaró la nulidad de traslado de régimen pensional de la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual -AFP Colfondos S.A.; en consecuencia, declaró válida la afiliación al RPMPD administrado por Colpensiones; condenó a Colfondos S.A. a trasladar los aportes pensionales con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidas en la cuenta de ahorro individual de la accionante; condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante y actualizar su historial laboral.

Para arribar a tal conclusión, considero que en aplicación del precedente judicial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la AFP COLFONDOS no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación de la actora suministró la información suficiente, precisando que el hecho de que la accionante suscribiera de forma voluntaria el formulario de afiliación no constituía prueba que estuvo precedida de la información veraz y eficaz correspondiente.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de **COLFONDOS SA** interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada expresando que para que se esté frente a un precedente judicial de las altas cortes, tenemos que estar en las mismas circunstancias tanto fácticas como jurídicas de las sentencias de los tres pronunciamientos de las alta cortes, y en este caso, asegura, estamos frente a una mera jurisprudencia que no crea reglas ni subreglas porque la demandante no cumple con las características o los requisitos de las sentencias de la línea jurisprudencial de la CSJ en el tema de ineficacia o nulidad de afiliación, por cuanto todas las sentencias allí relatan casos de personas que eran beneficiarias del régimen de transición y que por el

hecho de haberse trasladado de régimen ello conllevó a la pérdida automática del régimen de transición, situación que a juicio de la Corte tenía que haber sido avisada por lo fondos de pensiones, motivo por el cual no se aplica la teoría de la ineficacia o la nulidad de afiliación.

Frente a los gastos de administración refiere que solamente puede trasladar o puede hacer el traslado de los aportes, por ejemplo, conforme lo señala la sentencia de la Corte Constitucional SU 062 del año 2010, esto es, trasladar todos los dineros juntos con sus frutos e intereses, y el monto de los aportes no puede ser inferior al que hubiera recopilado Colpensiones, como si la demandante nunca se hubiera trasladado, es decir, que los rendimientos deben ser equivalentes a ese 1.5 que Colpensiones no destina al fondo de garantía mínima de la pensión de vejez sino lo utiliza para financiar el régimen, expresando que los gastos de administración se encuentran ampliamente compensados con los rendimientos que van a ser trasladados en este momento a Colpensiones, motivo por el cual aduce si llegase a ser condenada también a devolver los gastos de administración, habría un doble pago, porque ya con los rendimientos se encuentran plenamente compensados (Cd. fl. 172)

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida como se encuentra la etapa de alegaciones en el inicio de la audiencia celebrada el 04 de marzo de 2020 (fl. 178), se cumplió lo previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020 en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288; STL3432 de 2020, rad. 58980; rad. 59424; rad. 59356; rad. 59370; STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala como criterio decisonal en esta temática que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado y, en ese orden de ideas, se hace insostenible para la

mayoría de la sala, mantener la posición que venía adoptando frente a este puntual aspecto y, no obstante entender que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, si resulta evidente que dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio incluso para aquellos afiliados que no son titulares de régimen de transición. Por lo tanto, en aras de cumplir con el cometido institucional de una justicia pronta y oportuna, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a la fundamentación que se verterá a continuación, con base en la argumentación y juicio de valor probatorio que ellas comportan.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Así las cosas, a folio 28 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 24 de marzo de 1962, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 24 de marzo de 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 25 de mayo de 2017 (Fls. 29 a 30 y del 34 a 36), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 392.14 semanas de cotización (fl 133), equivalentes a poco menos de ocho años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 11 de enero de 2001 (Fl. 27), específicamente, conforme a la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS.

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

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

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

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

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 27), plasmado en el formulario de afiliación a AFP COLFONDOS, éste no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (11 de enero de 2001 fl. 27), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado y no en su nulidad, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, destacando que no son de recibo los argumentos expuestos por el recurrente en este punto, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En ese orden, como ya se dijo la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y la activación de la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, y para resolver las inconformidades expuestas por el apoderado de COLFONDOS, es menester precisar, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del

traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante a Colpensiones, incluyendo las sumas de gastos de administración que se hayan descontado al margen de que en su momento se hubiesen efectuado dichos descuentos por disposición legal.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre este puntualísimo aspecto y el sentido decisorio en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen en los términos expuestos. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

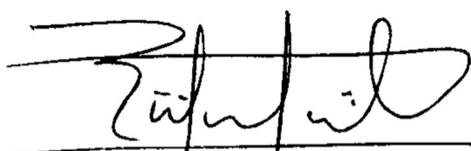
PRIMERO: MODIFICAR el ordinal **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino únicamente en un **TRASLADO INEFICAZ**, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado
Aclaración de Voto

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado ESMERALDA CHAPARRO ESPINOSA contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-023-2018-00740-01.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de octubre de 2019. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **ESMERALDA CHAPARRO ESPINOSA**, pretende se declare la nulidad de la afiliación al RAIS en HORIZONTE S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.; por ende, solicita se ordene el traslado de la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales de la demandante a COLPENSIONES y consecuentemente, a esta última entidad, proceda a activar la afiliación en pensiones de la parte demandante.

Como fundamento de sus pretensiones, se indicó que la demandante nació el 18 de febrero de 1966, que inició a efectuar los aportes de pensión con el ISS el 6 de abril de 1984, que el 14 de octubre de 1994 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP HORIZONTE S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., sin que se realizara la suficiente

ilustración por parte de la AFP, por lo que no existe consentimiento de libertad y voluntad. Al momento del cambio de régimen tenía cotizado a pensiones 267.86 semanas y al 30 de septiembre de 2018 un total de 1.604 de semanas. El 2 de noviembre de 2018 la actora solicitó a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. su traslado hacia Colpensiones, así mismo, el 19 de noviembre de 2018 solicitó ante COLPENSIONES el citado traslado de régimen.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, como consecuencia de ello solicitó se absuelva de las peticiones en su contra, y se condene a la demandante en costas y agencias en derecho; solicitudes que funda en el hecho de que la actora se trasladó principalmente a la AFP PROTECCIÓN S.A. de forma libre y voluntaria, además que a la fecha la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, la cual se encuentra debidamente acreditada por la voluntad de trasladarse y suscribir el formulario de afiliación, aunado al hecho de no obrar soporte alguno en el expediente que indique el vicio del consentimiento alegado. Propuso como excepciones «validez de la afiliación en el régimen de ahorro individual», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «buena fe», «inexistencia de intereses moratorios e indexación» «compensación» e «innominada o genérica» (fls.74 a 82).

La **AFP PORVENIR S.A.** por su parte, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, al considerar que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales, por lo tanto, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación, no fue caprichosa, sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS e instrucciones que al afecto ha impartido la superintendencia financiera. Propuso como excepciones «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (fls.98 a 105).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, por su parte, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, toda vez que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo dado que el formulario de vinculación que suscribió la accionante se efectuó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato del cual se generaron derechos y obligaciones en

cabeza de las partes; manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, ya que la parte actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Propuso como excepciones «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones» e «innominada o genérica» (fls.129 a 138).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de octubre de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS administrado por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., como consecuencia de lo anterior, ordenó a las AFP devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo a la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos; declarando que la actora se encuentra afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES para efectos pensionales. Condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A.

Para arribar a tal conclusión, señaló que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar a la afiliada información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, y que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, ello sin importar si se tiene un derecho consolidado. Que en el caso bajo estudio, se observa que se ha invertido la carga de la prueba y le correspondía a la AFP demostrar que existió la explicación debida sobre las implicaciones de cambio de régimen pensional, lo cual no se cumplió por parte de la AFP Horizonte, máxime que el formulario de afiliación se encontraba firmado por un asesor de la AFP.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, el A quo consideró que en los procesos en donde se solicita que se reconozca un estado jurídico, como es el caso de la ineficacia, son imprescriptibles, diferente a lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surgen de ese reconocimiento, ello con fundamento en la sentencia SL 1688 de 2019 en donde la Corte Suprema de Justicia señaló *“en efecto, de manera reiterada y pacífica, la corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o*

que se reconoce un estado jurídico son imprescriptibles, lo anterior bajo la premisa que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surgen de ellos”, razón por la cual se declara no probada la excepción de prescripción.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, los apoderados de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., respectivamente, interpusieron recurso de apelación, solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primer grado. En primer lugar, la apoderada de PORVENIR S.A., refiere, el traslado de la actora se llevó a cabo con todos los lineamientos normativos vigentes para el año 1994, advirtiendo, para ese momento la convocante no había adquirido derecho alguno y no era beneficiaria del régimen de transición, siendo que su consentimiento fue voluntario y libre de apremio. Refiere, que se ratificó la voluntad de permanencia en el RAIS, atendiendo el número de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación y los traslados realizados entre administradoras de ese régimen.

De otro lado, solicita se valore completamente el material probatorio, especialmente se tenga en cuenta el interrogatorio de parte, pues considera, que no se le puede imponer responsabilidad de no haber brindado información pues fue ajena a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en la que se realizó el traslado, en el que el fondo no realizó ninguna acción, siendo el asesor quien brindó información. Aduce es un tercero de buena fe, y que la actora debió indagar sobre las circunstancias en las que podría adquirir su estatus pensional al pertenecer al fondo de ahorro individual.

Enfatiza en los traslados horizontales realizados, de los que deduce la adquisición de mayor información que le permitió conocer sobre las circunstancias en las cuales podía adquirir su estatus pensional, señalando, el primer traslado se realizó cuando contaba con tan solo 28 años de edad.

Con relación a los gastos de administración, indica que no deben ser descontados teniendo en cuenta que estos están autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, puntualizando, que hay un porcentaje que va destinado a los gastos de administración y otro a la contratación del seguro provisional para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, por lo que al imponer la devolución tanto de los gastos de administración como los del seguro provisional, se le impone a PORVENIR una carga que implica la descapitalización de su patrimonio propio, enriqueciendo sin justa causa a la demandante.

A su turno, el apoderado de PROTECCIÓN S.A. solicita igualmente la revocatoria de la sentencia apelada, aduciendo, particularmente, que no es procedente la orden que se le impone a esa entidad atinente a la devolución de los gastos de administración que fueron deducidos de los aportes hechos por la demandante para el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2003 al 30 de septiembre de 2015, fecha de efectividad del traslado de AFP de la actora, pues a su juicio, la deducción de este concepto, así como comisiones de administración de la cuenta de ahorro individual, se realizó como consecuencia de una disposición legal válida y aplicable, por el manejo de los dineros de la cuenta de la demandante.

De otro lado, advierte, que si en gracia de la discusión se confirmara dicha condena, no puede ordenarse el pago de los rendimientos generados, pues estos devinieron de la buena administración por esa sociedad, y bajo ese entendido, argumenta, solo deben trasladarse los aportes que se encuentran acreditados en la cuenta de ahorro individual de la demandante (Cd a folio 179, record: 01:02:19, acta a folios 177 y 178).

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida la etapa de alegaciones en el inicio de la audiencia celebrada el 26 de febrero de 2020 (fls.188 y 189), se cumplió lo previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020 en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288; STL3432 de 2020, rad. 58980; rad. 59424; rad. 59356; rad. 59370; STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala como criterio decisonal en esta temática que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado y, en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la sala mayoritaria venía adoptando frente a

este puntual aspecto y, no obstante entender que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, si resulta evidente que dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio incluso para aquellos afiliados que no son titulares de régimen de transición. Por lo tanto, en aras de cumplir con el cometido institucional de una justicia pronta y oportuna, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a la fundamentación que se verterá a continuación, con base en la argumentación y juicio de valor probatorio que ellas comportan.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Así las cosas, a folio 11 copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 18 de febrero de 1966, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el 18 de febrero de 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. el 2 de noviembre de 2018 (fls.18 a 21) y a COLPENSIONES el 19 de noviembre de 2018 (fls.16 y 17), es decir cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 357 semanas de cotización (fls.12, 23, 91, 92, 110 a 112), equivalentes a un poco más de 7 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro

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

Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 14 de octubre de 1994 (fl.107), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A.

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

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

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

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

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional; sin que en este caso tenga incidencia alguna las manifestaciones expuestas por la actora en el interrogatorio de parte (Cd. fl.179, record: 11:18) pues tan solo afirmó que en la oficina de personal de su empleador le indicaron que el ISS estaba desapareciendo y corría el riesgo de perder los aportes a pensión, y en el fondo de pensiones la expectativa era pensionarse con un mejor ingreso y a menor edad, ello en atención a que no recibió una asesoría directa por parte de algún asesor de HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl.107), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, conforme a las referidas decisiones de la Sala de Casación Laboral, la AFP demandada HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (14 de octubre de 1994, fl.107), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al

tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., y como consecuencia lógica de ello, igual suerte corren los demás traslados dentro del mismo régimen a la AFP PROTECCIÓN S.A., precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración – (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019), dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, ello no configura una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado
Aclaración de Voto

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ESTEBAN DAVILA NAVARRO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OTRO Rad. 1100131-05-019-2017-00234-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de Porvenir, Ministerio de Hacienda y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de Octubre de 2019. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **ESTEBAN DAVILA NAVARRO**, como pretensiones principales, pretende se declare la existencia del vicio del consentimiento que lo indujo a error en la afiliación a PORVENIR S.A., en consecuencia, se declare la nulidad o invalidez de tal afiliación, ordenándose a su vez, a la AFP PORVENIR realizar la devolución de los aportes al régimen de prima media.

Como fundamentó de sus pretensiones, en síntesis indicó que nació el 05 de abril de 1955, que estuvo afiliado al ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 27 de noviembre de 1990 hasta el 30 de septiembre de 2002; que a finales de 2002 un promotor de Porvenir S.A. le manifestó a él y a sus compañeros de trabajo que era de carácter urgente el cambio de fondo de pensión, ya que el ISS iba a desaparecer; asegurándole además, haber sido encomendados por el Gobierno Nacional del momento para que

los trabajadores no se vieran perjudicados con la extinción del ISS, añadiendo además que con Porvenir S.A. sus pensiones serían muy estables, logrando así que él y varios de sus compañeros firmaran el traslado de fondo de pensiones sin un debido asesoramiento e información que le permitiera valorar las consecuencias de su traslado, configurándose así, el error en la naturaleza del acto. De otro lado indicó que el 5 de octubre de 2016 presentó a Porvenir S.A. solicitud de nulidad de la afiliación, y no recibió respuesta alguna, de igual manera presentó derecho de petición a Colpensiones el 21 de octubre de 2016, solicitando la nulidad de traslado a Porvenir S.A. la cual fue resuelta negativamente (Fls. 3 a 14).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el traslado fue totalmente válido, al no presentarse vicios de consentimiento alguno; de igual modo, indicó, al afiliado le falta menos de diez años para cumplir con la edad para el derecho a la pensión de vejez, además de no contar con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, por último, manifestó que la encargada de efectuar el estudio y aprobación del traslado de régimen es la AFP en la cual se encuentre activo el afiliado y no Colpensiones. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia de la obligación», «buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 46 a 56).

La **AFP PORVENIR S.A** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el traslado de régimen es válido, por cuanto no contiene vicio alguno en el consentimiento expresado por el demandante y por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizada por el demandante, pues se cumplió con el deber de asesoría que se exigía en el momento; por lo anterior, indica que no le pueden exigir demostrar circunstancias sobre las cuales no había obligatoriedad, como argumento para responsabilizarla de circunstancias propias del afiliado pues en este caso el demandante decidió afiliarse y permanecer de manera consiente, libre, voluntaria, espontánea y sin presiones en Porvenir, tal como lo hizo constar en el formulario de afiliación. Por último, agregó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición. Propuso como excepciones de fondo, las de «prescripción, «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «genérica o innominada», «inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones» y «debida asesoría del fondo» (Fls. 71 a 79).

Mediante auto del 14 de septiembre de 2017, el Juzgado de conocimiento ordenó vincular como litisconsorte necesario al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, entidad que dio contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, advirtiéndole que su vinculación a la litis resulta totalmente inoficiosa al no estar facultada para pronunciarse respecto de la «eventual» nulidad de la vinculación del demandante al RAIS, pues desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado; por consiguiente, también desconoce la asesoría que la AFP pudo haberle brindado al demandante. Formuló como excepciones de fondo, las que denominó como: «La oficina de bonos pensionales no funge como entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional», «buena fe» y «excepción genérica».

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de octubre de 2019, resolvió declarar la ineficacia de traslado del demandante del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir SA realizado el día 8 de agosto de 2002; declaró válidamente vinculado al demandante al RPM desde el 27 de noviembre de 1990 hasta la actualidad como si nunca se hubiere trasladado; de igual forma condenó a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante y sin descontar gastos de administración.

Para arribar a tal conclusión, consideró que la AFP PORVENIR no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente y veraz en los términos dispuestos por la Corte Suprema de Justicia, señalando que la suscripción del formulario no resulta suficiente para acreditar estos supuestos, ordenándose a la AFP devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de **PORVENIR SA** interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada aduciendo que el régimen de prima media se basa en la solidaridad y conceder el traslado del demandante solo contribuye a la desfinanciación del mismo, precisando que para la data del traslado del actor, el deber de información no existía y solo surgió con la Ley 1748 del 2014, la que no cuenta con efectos retroactivos, por lo tanto asegura no se le puede endilgar a su representada obligaciones que para la época no existían.

Por su parte, la apoderada judicial del **MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO**, expresa que según el concepto emitido por la oficina de bonos pensionales,

previo a efectuarse el traslado de régimen, la AFP Porvenir debe reintegrar a la Nación el bono pensional Tipo A, que fue emitido y pagado en favor del señor Esteban Dávila, debidamente actualizado con el IPC, pues esta clase de bonos se reconoce siempre y cuando el señor esté dentro del régimen de ahorro individual y con ello se estaría generando un detrimento de ese presupuesto nacional.

Finalmente **COLPENSIONES**, manifiesta que su representada siempre ha tenido las puertas abiertas y canales abiertos no solo para sus afiliados sino para todas aquellas personas que requieran información al respecto de su situación o su tema pensional, considerando que de aceptarse el traslado de régimen se estaría contribuyendo a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes, afirmando que permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad establecido en el artículo 95 de la Constitución sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (Cd a folio 162).

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida como se encuentra la etapa de alegaciones al inicio de la audiencia celebrada el 26 de febrero de 2020 (fl. 171), se cumplió lo previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020 en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288; STL3432 de 2020, rad. 58980; rad. 59424; rad. 59356; rad. 59370; STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala como criterio decisonal en esta temática que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a

cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado y, en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de la sala venía adoptando frente a este puntual aspecto y, no obstante entender que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, si resulta evidente que dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio incluso para aquellos afiliados que no son titulares de régimen de transición. Por lo tanto, en aras de cumplir con el cometido institucional de una justicia pronta y oportuna, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a la fundamentación que se verterá a continuación, con base en la argumentación y juicio de valor probatorio que ellas comportan.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Así las cosas, a folio 15 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 5 de abril de 1955, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el 5 de abril de 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante a PORVENIR el 5 de octubre de 2016 (Fls. 20 al 22) y ante Colpensiones el 4 de octubre de 2016 (Fls. 27 al 29), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 174.43 semanas de cotización (Fls. 85 y 116), equivalentes a poco más de tres años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado

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

realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 8 de agosto de 2002 (Fl. 81), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR.

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

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

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que

claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 81), plasmado en el formulario de afiliación a AFP PORVENIR, éste no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la demandada AFP PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (8 de agosto de 2002 fl. 81), el deber de información para con el promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, destacando que la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante sea o no beneficiario del régimen de transición o contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales

circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen pensional.

De igual forma, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por PORVENIR y COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima medica con prestación definida con todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Frente a la apelación del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, se tiene que conforme a la contestación de la demanda visible a folios 99 a 103 al señor ESTEBAN DAVILA NAVARRO se le emitió un bono pensional tipo A modalidad 2 por haberse trasladado al RAIS con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, este fue emitido mediante Resolución No. 3805 del 19 de septiembre del 2006 tras la solicitud efectuada por PORVENIR y una vez causada la fecha de redención -05 de abril del 2017 fecha de cumplimiento de los 62 años- se procedió a redimir (pagar) en favor de la AFP PORVENIR a través de la Resolución No. 16570 del 21 de abril del 2017 (ver fl. 109 vto), razón por la cual considera esta Corporación que al declararse la ineficacia, resulta claro que tal bono queda sin fundamento jurídico alguno, por cuanto la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial por manera que tal como se solicita por la recurrente, PORVENIR deberá reintegrar el valor recibido por dicho bono debidamente actualizado y en ese orden se debe proceder a su anulación por parte del emisor –Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, toda vez que en virtud de la declaración de ineficacia, las cosas se retrotraen a su estado inicial y en esa medida es claro que el Bono Tipo A solo se puede expedir en favor de aquellas personas que se trasladaron del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual por los aportes cotizados al ISS, caso que no se acomoda a los autos. Por lo tanto, se modificará en este punto la sentencia de primer grado.

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

casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

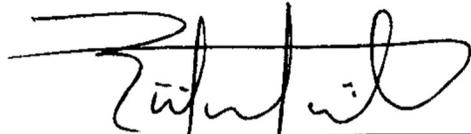
PRIMERO: MODIFICAR el ordinal **TERCERO** del fallo apelado, en el sentido de indicar que la AFP PORVENIR debe reintegrar a favor de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, el valor del bono pensional reconocido en favor del demandante en la Resolución No. 16570 del 21 de abril del 2017, debidamente actualizado. En lo demás, se **CONFIRMA** la decisión, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado
Aclaración de Voto

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MIRYAM VELASQUEZ DE URIBE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Rad. 1100131-05-013-2019-00023-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la accionada Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de octubre de 2019. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MIRYAM VELASQUEZ DE URIBE** pretende principalmente se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a PORVENIR S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP devolverla a COLPENSIONES con todas las sumas de dinero que hubiere recibido PORVENIR con motivo de su afiliación por concepto de aportes en pensión y bonos pensionales que reposen en su cuenta de ahorro individual, sin descontar dineros que «haya cancelado o le llegare a cancelar por concepto de mesadas pensionales»; además se le devuelvan los dineros correspondientes a frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 08 de junio de 1960 y que de acuerdo a certificado de Colpensiones estuvo afiliada entre el 19 de

octubre de 1990 y el 31 de julio de 1981, cotizando al ISS un total de 34.14 semanas. Que en el mes de mayo de 2000, suscribió solicitud de vinculación y traslado del hoy Colpensiones a Porvenir, sin embargo el asesor comercial responsable del traslado, durante el proceso de vinculación omitió el deber de asesoría que le permitiera conocer las diferencias entre los regímenes y le permitieran comprender los beneficios y desventajas de trasladarse del RPM al RAIS; por lo anterior, el 24 de mayo de 2018 además de solicitar copia de todos los documentos relacionados con la información que debieron darle en su momento; solicitó asesoría pre-pensional y un asesor le elaboró una simulación pensional donde se le indicó que su mesada pensional ascendería a los \$781.242 una vez cumpliera la edad mínima para presionarse y el monto de semanas para ello, por lo que añadió que la proyección del monto de la mesada pensional antes señalada nunca le fue informada, afectando así su libre consentimiento (Fls. 4 a 20).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la afiliación efectuada por la demandante con la AFP privada fue un acto en el cual Colpensiones no tuvo injerencia alguna, por lo tanto considera inapropiado emitir conceptos en relación con un acto en cual la entidad no fue parte, no obstante lo anterior, y como quiera que la demandante no aportó prueba alguna al proceso que permita inferir que el traslado efectuado estuvo afectado con algún vicio del consentimiento, se presume que la afiliación suscrita con PORVENIR se encuentra revestida de plena validez y legalidad. Propuso como excepciones de fondo, las de «Prescripción y Caducidad», «Cobro de lo no debido», «Buena fe» y «Declaratoria de otras excepciones» (Fls 51 al 53).

La **AFP PORVENIR S.A** contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la misma, argumentando que a la fecha de traslado de la demandante, los fondos de pensiones privados no tenían la obligatoriedad de brindar la información en los términos en los que los solicita la parte actora, por lo tanto, no puede exigirse a las AFP que demuestren circunstancias sobre las cuales no había obligatoriedad alguna como argumento para responsabilizarlas sobre situaciones que son sólo responsabilidad de la demandante, quien ratificó su decisión ante PORVENIR de continuar en el RAIS cuando impuso su firma en señal de aceptación en el documento de afiliación correspondiente, es decir, efectuó una declaración relacionada con su voluntad para afiliarse a este fondo, dejando expresa constancia de que lo hizo en forma libre, sin presiones y con el conocimiento pleno de la información que a la fecha de su solicitud debían brindar las Administradoras. Por otro lado, señala que no pueden ser aplicadas

sentencias en materia de nulidades que ha proferido la Corte Suprema de Justicia en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes. Propuso como excepciones de mérito las de «prescripción», «falta de cusa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» y «genérica o innominada» (Fls. 80 a 85).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de octubre de 2019, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al fondo de pensiones PORVENIR y como consecuencia de ello, ordenó el traslado de todos los aportes realizados por ella y sus respectivos rendimientos a COLPENSIONES, quien deberá recibir los mismos y activar la afiliación de la actora, teniendo en cuenta que para todos los efectos legales la única afiliación válida de la demandante al sistema general de pensiones es la realizada con COLPENSIONES.

Para arribar a tal conclusión, consideró que la AFP PORVENIR, no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que la voluntad de la actora estuvo viciada por falta de ilustración.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de **PORVENIR SA** interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada, solicitando la revocatoria de la sentencia emitida, argumentando que no comparte los argumentos expuestos por el Despacho Judicial, porque debe tenerse en cuenta que el traslado se realizó en el año 2000 y no en el año 1994 como quedó dicho en la sentencia, aunque no desconoce el registro del SIAFP en el que se apoyó el juzgador para determinar la data del traslado, advierte que contrario a lo vertido en ese documento tanto en el interrogatorio como en el formulario de afiliación a Colpatria y la historia laboral consolidada, se acreditó que el traslado fue en el año 2000 a Colpatria. Con relación al deber de información, considera no puede alegarse una falta al mismo porque la actora no efectuó el traslado a través de sus asesores comerciales, lo fue a través de su empleador, siendo la AFP ajena al momento en que se suscribe el formulario de afiliación. De otro lado, dice, atendiendo la formación académica de la demandante y su experiencia al servicio del DAS y la FISCALÍA, no es posible predicar engaño al momento de suscribir el formulario, pues estuvo en condiciones de leer el formulario y suscribirlo, enfatizando, dicha proforma está aprobada por la Superintendencia Financiera conforme el artículo

11 del Decreto 392 de 1994, además, infiere, la actora decidió permanecer en el Régimen de Ahorro Individual pues cotizó más de 980 semanas, y aunque ella adujo que siempre fue su deseo estar en Colpensiones, no probó que dicha voluntad haya sido así ejecutada, máxime cuando la inconformidad de quien convocó la litis, dice, es la imposibilidad de acceder a una pensión por alto riesgo.

Adicionalmente, refiere que, aunque según lo advirtió la demandante en el año 2004 se le indicó sobre la posibilidad de trasladarse de régimen, momento para el cual no se encontraba inmersa en la restricción por edad, al expediente no se aportó prueba de que Colpensiones (sic) se hubiera negado a hacerlo efectivo. En todo caso, menciona, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no se cumplen los supuestos fácticos que han sido analizados en las providencias de la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, menciona, no es dable en este caso trasladar la carga de la prueba, advirtiendo, la demandante era quien debía acreditar que se incumplió el deber de información (CD folio 144).

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida como se encuentra la etapa de alegaciones al inicio de la audiencia celebrada el 19 de febrero de 2020 (fl. 157), se cumplió lo previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020 en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288; STL3432 de 2020, rad. 58980; rad. 59424; rad. 59356; rad. 59370; STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala como criterio decisonal en esta temática que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado y, en ese orden de ideas, se hace insostenible PARA LA

MAYORÍA DE LA SALA mantener la posición que venía adoptando frente a este puntual aspecto y, no obstante entender que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, si resulta evidente que dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia acoge este criterio incluso para aquellos afiliados que no son titulares de régimen de transición. Por lo tanto, en aras de cumplir con el cometido institucional de una justicia pronta y oportuna, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a la fundamentación que se verterá a continuación, con base en la argumentación y juicio de valor probatorio que ellas comportan.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Así las cosas, a folio 21 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 08 de junio de 1960, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 08 de junio de 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 17 de diciembre de 2018 (Fls. 148 a 151)², es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 34.14 semanas de cotización (fl 26), equivalentes a menos de un año, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en

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

² Documentos extraídos del expediente administrativo aportado por Colpensiones folio 61, impresos e incorporados al expediente para mayor claridad.

el proceso, acaeció el 31 de mayo de 2000 (Fl. 31 y 86), específicamente, conforme a la información registrada en el formulario de afiliación a COLPATRÍA PENSIONES Y CESANTÍAS, hoy PORVENIR S.A., así como el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS y el formato para bono pensional expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En este punto debe precisar la Sala, aunque la fecha en la que se produjo el traslado fue objeto de debate, ya que en el hecho 3.5 (folio 6) la demandante afirma que la suscripción de la vinculación ocurrió en el mes de mayo de 2000, frente a lo cual, al contestar la demandada, PORVENIR refirió no ser cierto (folio 80) pues según el aplicativo de ASOFONDOS SIAFP la señora realizó una afiliación original con PORVENIR S.A. desde el año 1994, lo cierto es que conforme la prueba obrante en el expediente, lo que ocurrió con el diligenciamiento del formulario de afiliación el 31 de mayo de 2000 a la AFP COLPATRIA (folios 31 y 86) fue un traslado entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, tal como se advierte del folio 86 reverso.

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

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

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

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

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 31 y 86), plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS, hoy PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demanda PORVENIR S.A. (antes COLPATRIA) omitió en el momento del traslado de régimen (31 de mayo de 2000 fl. 86), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación

de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado.

De igual forma, y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada, conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea o no beneficiaria del régimen de transición o contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

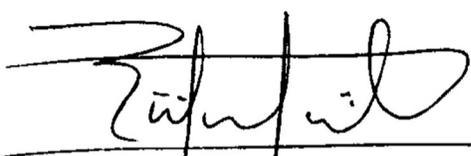
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado
Aclaración de Voto

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de DEMPSY ESPERANZA DUARTE PEREZ contra COLPENSIONES y AFP PROTECCION S.A. Rad. 11001 31 05-027-2018-00636-01.

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

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de noviembre de 2019.

ANTECEDENTES

La señora DEMPSY ESPERANZA DUARTE PEREZ, pretende se declare la nulidad de la afiliación al RAIS en SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.; por ende, solicita se ordene a la AFP a tramitar de manera inmediata el regreso automático al RPM, y a COLPENSIONES tramitar el traslado de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante; a lo ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, informó que nació el 6 de enero de 1963, que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 12 de enero de 1989 hasta el 30 de enero de 1996, habiendo aportado un total de 351 semanas al RPM, previo a su traslado al RAIS. A partir del 1 de agosto de 1996 se hizo efectivo el traslado de régimen pensional a la AFP PROTECCIÓN S.A., no obstante, sostuvo que el funcionario de PROTECCION S.A, que la asesoró, no le informó sobre las consecuencias de su

traslado de régimen. Agregó que el día 12 de febrero de 2018 solicitó la nulidad del traslado de régimen ante COLPENSIONES, no obstante, el mismo día fue denegada dicha solicitud. (fls.3 a 17).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, como consecuencia de ello solicitó se absuelva de las peticiones en su contra, y se condene a la demandante en costas y agencias en derecho; solicitudes que fundan en el hecho de que la actora se encuentra válidamente afiliada a la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, así mismo, indicó que la demandante no se encuentra amparada por el régimen de transición, por tanto no puede regresar al RPM en cualquier tiempo, por cuanto debió hacerlo cuando le faltara más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación», «error de derecho no vicia el consentimiento», buena fe» «Prescripción» e «innominada o genérica» (fls.45 a 62).

A su turno, la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, argumentando que es improcedente la solicitud de nulidad y/o ineficacia toda vez que el acto de afiliación es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizada por la demandante, puesto que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la ley, es decir el RPMPD o RAIS, es libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien manifestó por escrito su elección al momento de vincularse o de traslado, hecho que se realiza con la suscripción de la solicitud de afiliación al respectivo fondo. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción »«aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones», «inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «innominada o genérica», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» (fls.96 a 117).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 29 de noviembre de 2019, negó las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, absolvió a las demandadas de las mismas.

Para arribar a la anterior conclusión, señal, en síntesis, que en el presente caso no es aplicable la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al deber de asesoría de las AFP del RAIS, toda vez que la demandante simplemente se limitó a firmar un formulario de afiliación que le envió su empleador y no requirió visita o asesoría alguna de Protección, razón por la cual no se invierte la carga de la prueba ante las circunstancias particulares del traslado, sino que era obligación de la actora demostrar que su consentimiento estuvo viciado para que se pueda declarar la nulidad del traslado, lo cual no ocurrió, por cuanto fue la misma demandante quien firmó el formulario de afiliación en el que claramente indica que ha decidido trasladarse en forma libre, espontánea y sin presiones, lo que permite inferir que la demandante no demostró que haya concurrido alguno de los vicios del consentimiento cuando libre y voluntariamente decidió afiliarse a Protección S.A.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se declare la nulidad o la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante. En sustento de lo anterior, se aparta de la conclusión del *a quo* respecto a que como PROTECCIÓN no intervino en el acto de traslado, no se le podían trasladar las consecuencias expuestas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pues precisamente, le asistía la obligación de asesorar a la convocante, siendo reprochable la pasividad de la AFP frente a este deber del que no podía excusarse por haber intervenido el empleador en el acto de traslado.

En ese orden, estima, debió Protección S.A. dirigirse a la demandante y cumplir con su deber de información, conforme las normas vigentes a la fecha del traslado y no apartarse de la misma. Además, en este caso debe tenerse en cuenta lo advertido por la actora en el interrogatorio de parte respecto a que Protección es una sociedad del grupo empresarial antioqueño, del que hacía parte el grupo Bancolombia, y en virtud de esa situación, fue que se le indujo a suscribir el formulario de afiliación.

Aunado a lo anterior, indicó que dadas las circunstancias del caso, conforme a la inversión de la carga de la prueba, la AFP estaba en la obligación de acreditar que

había cumplido con el deber de información, deber probatorio que responde a una regla de justicia, siendo esta la que en mejor posición se encuentra de ilustrar las condiciones de traslado, por lo cual, al no existir un medio de convicción en el plenario que permita establecer que PROTECCIÓN S.A. cumplió con dicha obligación, debe declararse el incumplimiento del deber de información, mismo que se encuentra vigente desde la fundación de las AFP.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida como se encuentra la etapa de alegaciones en el inicio de la audiencia celebrada el 4 de marzo de 2020 (fls.176 y 177), se cumplió lo previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020 en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288; STL3432 de 2020, rad. 58980; rad. 59424; rad. 59356; rad. 59370; STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala como criterio decisonal en esta temática que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado de régimen pensional del afiliado y, en ese orden de ideas, se hace insostenible para la mayoría de la sala mantener la posición que venía adoptando frente a este puntual aspecto y, no obstante entender que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, si resulta evidente que dada la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio incluso para aquellos afiliados que no son titulares de régimen de transición. Por lo tanto, en aras de cumplir con el cometido institucional de una justicia pronta y oportuna, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a la

fundamentación que se verterá a continuación, con base en la argumentación y juicio de valor probatorio que ellas comportan.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Así las cosas, a folio 65 obra copia de la historia laboral de la de demandante donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 6 de enero de 1966, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el 6 de enero del 2023, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 12 de febrero de 2018 (fls.36 a 40), es decir cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 188,15 semanas de cotización (fls. 65 a 69), equivalentes a 3 años, 1 mes y 3 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 1 de febrero de 1996 (fls. 24, 25, 132), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema, que la Sala de Laboral de la Corte Suprema de Justicia, hoy por hoy, sostiene que para el estudio de la procedencia de

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

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

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

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

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

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera siquiera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional; sin que en este caso tenga incidencia las manifestaciones expuestas por la actora en el interrogatorio de parte (Cd. fl.171, record: 18:00) pues tan solo afirmó que el formulario se lo enviaron desde la empresa ubicada en la ciudad de Medellín en un sobre, que ella lo revisó, lo firmó, pero no lo diligenció.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl.24), plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, conforme a la reciente y reiterada línea decisional de la Sala de Casación Laboral, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (1 de febrero de 1996, fls.24, 25 y 132), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, ello no configura una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En virtud de la de la ineficacia de la afiliación en el RAIS, se revocará la decisión de primera instancia, para en lugar, ordenar a PROTECCIÓN S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se revocará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas. Las costas de primera instancia corren a cargo de PROTECCIÓN S.A.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de noviembre de 2019 y en su lugar, se declara la

INEFICACIA del traslado y la afiliación efectuada por la señora **DEMPSY ESPERANZA DUARTE PEREZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de ello, ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** trasladar la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos incluso los gastos de administración, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

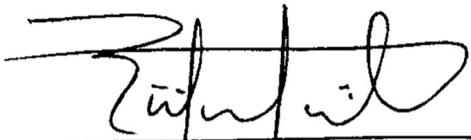
SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** para que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de **PROTECCIÓN S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUÉRRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado
Aclaración de Voto

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