

**REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 24 2017 0638 01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 24 del Circuito de esta Ciudad, el 8 de mayo de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la entidad demandada.

El señor CARLOS HERNÁNDEZ, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin que se CONDENE a la demandada a efectuar reconocimiento y pago de incremento pensional del 14%, por persona a cargo a partir del 1 de diciembre del 2000, junto con retroactivo causado e indexación. (fls. 4 y 5).

Fundamentó sus pretensiones señalando que le fue reconocida pensión de vejez por parte del ISS, en resolución 025644 del 2000, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, que contrajo matrimonio con la señora Casilda Granados el 25 de mayo de 1963,

con quien convive desde dicha data de manera ininterrumpida y quien depende en su totalidad de él, pues no trabaja ni disfruta de pensión alguna, que en resolución de reconocimiento pensional, no le fueron reconocidos los incrementos pensionales, los cuales se encuentran vigentes.

Que elevó reclamación administrativa el 20 de septiembre de 2017 solicitando reconocimiento de incremento pensional, el que le fue negado por la demandada el 20 de septiembre del mismo año. (fls. 3 y 4).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en No. 1, 2, 7 y 8 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó violación al principio constitucional de sostenibilidad del sistema y prescripción. (fl.34).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, decidió CONDENAR a la demandada a efectuar reconocimiento y pago de incremento pensional a favor del demandante, por tener cónyuge a cargo a partir del 20 de septiembre de 2014, junto con retroactivo y en 12 mensualidades, ordenó la indexación de las sumas resultantes y declaró parcialmente probada la excepción de prescripción. (fl. 59).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

(i) Del estatus de pensionado

En el examine no existe discusión en cuanto a la condición de pensionado de Carlos Arturo Hernández Corredor, pues el ISS hoy Colpensiones a través de la Resolución No. 025644 del año 2000, le reconoció pensión de vejez para lo cual tuvo en cuenta 1.049 semanas, un IBL de \$472.382, reconociéndole como mesada inicial a partir del 1 de diciembre del año 2000, \$354.207.

(ii) De los incrementos pensionales

La norma que consagra el incremento pensional de la prestación pensional por tener a cargo el cónyuge o compañera permanente es el literal b) del art 21 del Acuerdo 049 del 90, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en cuya parte pertinente reza: "Incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión."

Respecto de los incrementos solicitados, se tiene que si bien la Corte Constitucional mediante Comunicado No. 10 del 27 y 28 de marzo de 2019, informó que en la Sentencia SU - 140 del 28 de marzo de 2019, con ponencia de la Dra. Cristina Pardo determinó

Proceso Ordinario Laboral No. 24 2017 638 01 Dte: Carlos Arturo Hernández Vs. Colpensiones

que los incrementos previstos en el Decreto 758 del 90, para las pensiones mensuales de invalidez y vejez por cónyuge, compañero o los hijos menores o inválidos a cargo del beneficiario fueron derogados por la Ley 100 del 93, no obstante, la misma Corte ha indicado que los comunicados de prensa son eminentemente informativos, no les confiere fuerza vinculante en ninguna índole cuando señaló lo siguiente: “Que con base en un comunicado de prensa no es posible pronunciarse sobre la solicitud de nulidad de un proceso de sentencia que le puso término, pues al ser ello posible se trastocaría la esencia de cada una de las figuras comentadas, ya que si se otorgara al comunicado la capacidad para afectar la providencia cuya adopción se limita anunciar se le conferiría una fuerza vinculante que, fuera de no corresponderle, enervaría la sentencia misma y la vaciaría de su contenido y su valor, al punto que sería inútil dotarla de carácter documental y presentarla suscrita por los magistrados que intervinieron en su debate de aprobación.” Esto se dijo en el Auto 283 del año 2009.

En consecuencia, hasta tanto no se publique la sentencia SU – 140 del 28 de marzo del 2019, el comunicado que emitió la Corte no tiene fuerza de vinculante y, por esto, el Juzgado seguirá con la posición que tenía respecto a los incrementos hasta la fecha. En esa medida, aplicará la sentencia una vez conozca su contenido integral.

Respecto a los incrementos debe aclararse además y remitirse a lo que ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras decisiones en la del 5 de diciembre del 2017, Rad 29531 donde estableció que los incrementos hacen parte del régimen de transición y, por tanto ello, son beneficiarias las personas a quienes se les reconozca la pensión bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, sin que se pueda predicar derogatoria expresa o tácita alguna con la entrada en vigencia de la Ley 100 del 93, criterio que ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia entre otras decisiones en la que tiene el Rad 53437 del 13 de septiembre de 2017.

Aclarado el punto anterior y teniendo en cuenta que al demandante Carlos Arturo Hernández Corredor se le reconoció pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 del 90, aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad, puede acceder al incremento pensional solicitado, por ello se entrará a estudiar si logra acreditar los requisitos establecidos en el literal b) del art 21 del Acuerdo 049. Es así que esta norma contempla como exigencias para que un pensionado disfrute del incremento pensional en relación con la cónyuge o compañera permanente, debe acreditar tal calidad. En segundo lugar, debe demostrar que esa persona depende económicamente del pensionado y que no es beneficiaria de pensión o renta alguna. En cuanto al primer requisito este se encuentra demostrado, toda vez que el demandante Carlos Arturo Hernández Corredor contrajo matrimonio con la señora Casilda Granados por el rito católico el 25 de mayo de 1963, tal y como consta en el registro civil de matrimonio obrante a folio 14 del expediente. Respecto al segundo requisito, esto es, la dependencia económica se tiene que este aspecto se encuentra acreditado con los testimonios rendidos por Sonia Patricia Galvis Contreras, María Isabel Alba Vargas y Segundo Leopoldo López Guerrero quienes manifestaron que conocen al demandante Carlos Arturo Hernández Corredor y a la señora Casilda Granados porque son sus vecinos; Sonia Patricia indicó que los conoce porque a través de su padre. Indicaron que son esposos que tienen 5 hijos de los que dieron el nombre, que conviven, nunca se han separado, que la señora Casilda Granados no percibe ingreso o renta alguna, que desde que la conocen siempre se ha dedicado al hogar, siempre mantiene en la casa, no vende productos de revista, no tiene ingresos de arriendo, la casa es propia, vive un hijo con ellos pero que no le paga arriendo, que los demás hijos señalan que trabajan, tienen sus hogares y no les colaboran económicamente. Además, los tres coincidieron en señalar que la esposa del demandante se encuentra afiliada a Compensar como su beneficiaria en salud, les consta porque en el caso de la señora Sonia Patricia la acompañaba a citas médicas, igual sucede con la señora María Isabel Alba. Además, ello se puede corroborar con la certificación emitida por la EPS Compensar que obra a folio 19 y donde consta que la señora Casilda Hernández figura como beneficiaria del aquí demandante.

Así las cosas, al ser los testimonios conscientes en sus dichos y lo que les consta por tener la condición de vecinos del demandante y su esposa, ofrecen al Juzgado toda la credibilidad y además de ello la parte demandada tuvo la oportunidad de contrainterrogarlos para así desvirtuar el dicho, lo que no se logró, pues no formuló cuestionario alguno a los testigos.

Finalmente, en cuanto al tercer requisito se avizora que en la consulta del RUAF realizada, consta que la señora Casilda Granados de Hernández, no percibe pensión por parte de un fondo privado/público, no se ha reportado afiliaciones a riesgos laborales ni cesantías. Así mismo, no se encuentra vinculada a programas de asistencia social. Por otra parte, es beneficiaria se reitera, en salud, por parte de Compensar, demostrándose así la dependencia económica de Casilda Granados de Hernández del aquí demandante, así como que aquella no tiene pensión/renta alguna.

Proceso Ordinario Laboral No. 24 2017 638 01 Dte: Carlos Arturo Hernández Vs. Colpensiones

En conclusión, con las pruebas aportadas el demandante logró acreditar las exigencias del art 21 del Acuerdo 049 del 90, es decir, que demostró la calidad de cónyuge de la señora Casilda Granados de Hernández respecto a él, su dependencia económica de que aquella no recibe renta o ingreso alguno para la causación de la prestación reclamada. Por tanto, resultará procedente condenar a Colpensiones al reconocimiento del incremento pensional que refiere el art 21 del Acuerdo 049 del 90. Sin embargo, como la parte demandada propuso dentro de la oportunidad legal la excepción de prescripción, el Despacho debe referirse a ella en los siguientes términos:

*Los artículos 488 del CST y 151 del CPT y la SS, **regulan la prescripción** señalando que los derechos sociales prescriben en un término de 3 años, así como que se cuenta con igual término para adelantar las acciones que persigan el reconocimiento de esos derechos. Frente a la excepción de prescripción es importante indicar que en los casos que refiere incrementos y bienes ciertos, la H. Corte Suprema de Justicia a doctinado que respecto de los incrementos opera la prescripción, tal y como lo ha señalado en varias decisiones como en la No. 42300 del 18 de septiembre de 2012, junto con otras las que constituyen doctrina probable, el Despacho se aparta de ella al considerar que a la naturaleza periódica de tracto sucesivo de los incrementos solicitados, la exigibilidad de los mismos se configura mes a mes y mientras las causas que le dieron origen se mantenga y a pesar de que los mismos son parte integrante de la pensión, tal y como lo dispone el art 22 del Acuerdo 049 del 90, considera el Juzgado que son un derecho accesorio a la prestación pensional que nacen de la dependencia económica del beneficiario respecto del pensionado, por tanto, considera que deben correr la misma suerte de la pensión, esto es que el derecho en sí mismo al incremento no se encuentra sujeto a la prescripción trienal consagrada en el art 488 del CST y 151 del Estatuto Procesal Laboral sino que dicho fenómeno prescriptivo cobija entonces únicamente los incrementos que no fueron reclamados dentro de la oportunidad legal, esto es, dentro de los 3 años anteriores a la reclamación, por tanto, se considera que prescriben de manera parcial. Además la Corte Constitucional venía indicando que el transcurrir del tiempo no aniquilaba el derecho reconocido a favor de un demandante o de un pensionado, toda vez que el hecho generador de los incrementos pensionales no había cesado a la fecha y se tornaba en un derecho evidente para el pensionado que solo permitía una prescripción parcializada, exclusivamente respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubieren solicitado dentro de los 3 años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho como se ha indicado en las Sentencias T-831 de 2014, T-369 de 2015, T-541 de 2015, T-395 de 2016, T-460 de 2016, T-088 de 2018, entre otras; en donde en síntesis se señaló que el derecho a la pensión o a los incrementos que por ley se desprende de estas son imprescriptibles por lo que en esa medida la prescripción solo es aplicable a las mesadas no reclamadas con anterioridad a los 3 años de solicitada, dado que dichas circunstancia configuraba un trato diferente e injustificado frente a las personas en igualdad de circunstancias y podría vulnerar los derechos a la vida digna y a la seguridad social, pues el reconocimiento de dicha prestación comprometía condiciones mínimas de los pensionados.*

Aclarado lo anterior, el Despacho procede a verificar en el presente caso lo relativo a la prescripción, tenemos entonces que obra la Resolución No. 025644 del año 2000, mediante la cual el ISS reconoció pensión de vejez al señor Carlos Arturo Hernández Corredor a partir del 1 de diciembre del año 2000, posteriormente el demandante el 20 de septiembre de 2017, como consta a folio 16 solicitó el incremento pensional por persona a cargo, radicó la demanda el 23 de octubre de 2017, en consecuencia, frente a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, el Despacho la declara probada de manera parcial, es decir, respecto a los incrementos causados con anterioridad al 20 de septiembre del año 2014, y así se dirá en la parte resolutive.

En consecuencia, se condenará a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante el incremento pensional de que trata el literal b) del art 21 del Acuerdo 049 del 90, aprobado por el Decreto 758 del 11 de abril del 90, equivalente al 14% sobre la pensión mínima legal mensual vigente, por tener a cargo a la señora Casilda Granados a partir del 20 de septiembre del año 2014.

(iii) De la indexación

Ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda procede la indexación, por tanto, se condenará a la demandada que indexe cada uno de los incrementos que se causen mes a mes desde que cada uno de ellos se hizo exigible hasta que se haga su pago.

RECURSO DE APELACIÓN

Señaló la parte demandada:

Me permito presentar recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, teniendo en cuenta que mediante Sentencia SU – 140 de 2019, la Corte dictó la sentencia de reemplazo de la Sentencia SU – 310 de 2017, que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018, en la cual de acuerdo con la sentencia con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el mencionado art 21 del Decreto 758, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1 de abril de 1994, esta última fecha en la cual la Ley 100 entró a regir, tal derogatoria resultó que los derechos de incremento que previó el art 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mencionado 1 de abril de 1994, aun para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el art 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1 de abril de 1994, por lo tanto dichos incrementos se encuentran derogados. Además téngase en cuenta que al demandante se le reconoció pensión de vejez mediante Resolución 025644 de 2000, y presentó la reclamación administrativa hasta el 20 de septiembre del 2017. Conforme a lo anterior, le podemos dar aplicación a la excepción de prescripción debido a que se superó el trienio previsto en la norma para proceder a realizar la reclamación y que se interrumpiera dicho término. Por tanto su señoría, que los incrementos si están sujetos a la prescripción total.

CONSIDERACIONES

Conforme la naturaleza jurídica de la entidad demandada, la Sala estudiará la decisión recurrida en apelación como en **consulta**.

Sea lo primero señalar que no fue objeto de debate que al señor Carlos Arturo, le fue reconocida pensión de vejez en aplicación al régimen de transición contenido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 01 de diciembre de 2000, como se verifica de acto administrativo 025644 del año 2000 (fl. 13) expedido por el ISS, siendo pertinente establecer en primer lugar si tal prestación solicitada se encuentra vigente, al encontrarse prevista en normatividad anterior a la Ley 100 de 1993, para luego sí analizar si hay lugar a estudiar el cumplimiento de los requisitos para acceder a esta.

El precepto legal que contempla prestación peticionada, es el artículo 21, literal b) del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, normatividad que exige para su reconocimiento, la dependencia económica del cónyuge o compañera (o) permanente e hijos menores respecto del pensionado (a), como también que en este caso, que el compañero permanente, no perciba asignación salarial o pensional.

Así las cosas, para determinar la vigencia de la norma antes mencionada con posterioridad a la entrada en vigor del Régimen General de Pensiones, tal aspecto ha sido objeto de amplias interpretaciones, en algunas de las cuales se ha considerado expresa o tácitamente derogado por varias normas de la Ley 100 de 1993, como lo son los artículos 283 y 289 ya que los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 reguladores en su orden de las

pensiones de vejez e invalidez, no estipularon los incrementos consagrados en el artículo 21 del citado Acuerdo 049 de 1990.

En reiteradas providencias, esta Sala señaló que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no estaba derogado ni expresa ni tácitamente y contrario a ello se indicó que dicha prerrogativa permanecía incólume para quienes accedieron al beneficio pensional por la aplicación directa del citado Decreto 758 o por su advenimiento en virtud de la transición pensional.

Por lo anterior, se venía sosteniendo que conservaba entonces su vigor dando aplicación al entendimiento que constituye hoy la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, donde se indicó que los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 era a todas luces aplicable para aquellos pensionados que cumplieran con los requisitos de pertenencia al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando se reclamaran dentro del término legal concedido-

No obstante lo anterior, como bien lo señala la entidad recurrente en sus alegaciones, en cuanto al incremento peticionado, la H. Corte Constitucional unificó el criterio relacionado con la vigencia de los incrementos pensionales por persona a cargo, haciendo un recuento jurisprudencial de la posición tomada por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral y las diferentes acciones de tutela emitidas por la H. Corte Constitucional, así lo hizo en sentencia **SU 140 del 28 de marzo de 2019**, en donde señaló que salvo que se tratara de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 el derecho a los incrementos pensionales previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica.

En dicha providencia se indicó:

“Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21.”

Proceso Ordinario Laboral No. 24 2017 638 01 Dte: Carlos Arturo Hernández Vs. Colpensiones

...Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

De conformidad con lo anterior, es necesario señalar que los incrementos por personas a cargo perdieron vigencia con la expedición de la ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que adquirieron el derecho con anterioridad a la expedición de tal normatividad y si bien, para la data en que fue proferida la decisión recurrida, la sentencia en mención, no había sido publicada, lo cierto es que este pronunciamiento, ya goza de publicación y al ser una sentencia de unificación de jurisprudencia, es aplicable al caso bajo estudio.

Es así como, para el caso del demandante al haberse pensionado a partir del 1 de febrero del 2000 (fl.13), se tiene que para dicha data ya no se encontraban vigentes los incrementos pensionales en tanto éstos, como ya se indicó, fenecieron del ordenamiento jurídico a partir de 1° de abril de 1994, no tiene derecho a los incrementos reclamados y por lo tanto habrá de **revocarse** la sentencia recurrida, para ABSOLVER a la entidad demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo del demandante.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia recurrida, para en su lugar ABSOLVER a la entidad demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante Carlos Hernández, conforme lo señalado en este pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo del demandante.

Las partes se notifican por edicto, de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

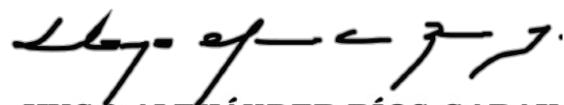


MARLENY RUEDA OLARTE

MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No.24-2017-501-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

**DEMANDANTE: CESAR LEONARDO RICAURTE
MARTINEZ**

DEMANDADO: VILASECA SAS

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, las mismas, guardaron silencio.

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferido por la Juez Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, el día veintiuno (21) de mayo de dos mil diecinueve, por medio del cual resolvió DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 2 de abril de 2012 y se prorrogó hasta el 30 de marzo de 2016. DECLARAR probadas las excepciones de pago, cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones. ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte actora. (fls 66 y 67)

HECHOS

El señor **CESAR LEONARDO RICAURTE MARTINEZ**, a través de apoderada instauró demanda en contra de **VILASECA SAS**, para que mediante un proceso ordinario de primera instancia se declare la existencia de una prórroga automática del contrato de trabajo, que el demandante fue despedido sin justa causa, que no se pidió permiso al Ministerio de Trabajo. En consecuencia, solicita se condene a la demandada al pago de indemnización por despido, pago de aportes, indemnización prevista en la ley 361 de 19976, reintegro, salarios desde el despido y hasta la fecha del reintegro, indexación, costas y agencias en derecho. (fls 2 al 12).

Como fundamento de sus pretensiones y en síntesis, afirma el demandante que el 1 de abril de 2012, celebró contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, en el cargo de auxiliar de planta de producción, que el salario devengado fue de \$584.000, que el contrato se prorrogó hasta el 26 de febrero de 2016, fecha en la que la demandada lo terminó, que le cancelaron indemnización en cifra equivalente a un mes, sin tener en cuenta que el contrato ya se había prorrogado ante el no aviso escrito como exige la ley, esto es a más tardar el 1 de febrero de 2016, que el demandante adquirió una patología esto es discopatía lumbar de hernias discales L5, S1 y L2 , debido a sus funciones, que inició tratamiento en CAFESALUD, que el 25 de agosto de 2015 esta EPS, emite una serie de recomendaciones laborales, que el 30 de septiembre de 2015 el demandante fue remitido a exámenes ocupacionales, que al egreso continuaba presentando ese estado de salud, que la empresa no cumplió con lo señalado en la ley 361 de 1997 acerca de la rehabilitación y a sabiendas del estado de salud del actor no solicitó permiso al Ministerio de Trabajo. (fls 2 al 12).

La demanda fue contestada mediante apoderado, quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, afirmando que las pretensiones son temerarias. En cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato, pero señaló que termino por vencimiento del plazo y pagando además indemnización, afirma que desconocía la

historia médica del demandante, que solo conoció las recomendaciones dadas por la EPS, no el diagnóstico que esta entidad dijo no comunicar por razones de intimidad y reserva, que estas recomendaciones iban hasta el 25 de febrero, eran por seis meses y eso fue cumplido. Propuso las excepciones de pago, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción, compensación y genérica. (fls 43 a 54).

Tramitada la primera instancia la juez 24 Laboral tomó la decisión que hoy revisa la Sala afirmando que:

“...no existe controversia en cuanto a la modalidad del contrato, esto es a término fijo, pues fue aceptado en la contestación de la demanda, así como sus prorrogas, lo cual encontró corroborado con la documental que parece en el expediente. En cuanto a la terminación del contrato y la estabilidad laboral reforzada y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 señaló que el despacho debe remitirse al artículo 26 de la ley 361 de 1997, el cual cita, afirmando que es una restricción constitucional a la libertad del empleador de dar por terminado el contrato sin que previamente acuda al Ministerio de Trabajo. Respecto de ese punto se refirió a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y señaló que se debía acreditar una discapacidad enmarcada en los porcentajes señalados allí, es decir igual o superior al 15 % y sobre el alcance de esta protección citó varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia, y señaló que la discapacidad debe ser moderada y de acuerdo con esas sentencias para tener derecho a la indemnización prevista en la ley se requiere que se encuentre en una situación de discapacidad moderada entre el 15 y el 25%, o severa es decir mayor al 25% pero inferior al 50% o profunda mayor al 50% y que el empleador conozca esa discapacidad y que termine la relación laboral por esa limitación y sin permiso previo del Ministerio de Trabajo. Adicionalmente cita la sentencia SL 3660 de Rad 53394 de 2018, en donde la Corte señala que se presume el despido de un trabajador como discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la existencia de la causa alegada, es decir por razones objetivas. Luego de referirse a las sentencias de la Corte, analizó las pruebas esto es, documental de folio 19 del 25 de agosto de 2015 de la EPS

CAFESALUD, al trabajador se le dieron 13 recomendaciones las cuales leyó del documento, así como al empleador 3 las cuales también leyó. Se refirió al documento de folio 20 y a la historia medica del actor de folios 21 al 23, leyendo los documentos y diagnóstico, se refiere a la documental visible a folios 24 y siguientes, radiografías y resonancia, lee los resultados, también analizó las declaraciones de los testigos Martha Salamanca, Mónica Jiménez y Deisy Espitia y concluye que estos no conocían recomendaciones médicas del actor, ni recuerdan haber pagado incapacidades del demandante y que solo se hizo un análisis del puesto de trabajo, que se hizo en concordancia con la ARL y que no se encontraron incapacidades, solo que tuvo recomendaciones y que estas se cumplieron por la empresa, pero nunca incapacidades ni dictámenes de pérdida de capacidad laboral. **Se refirió también al interrogatorio de parte del demandante en donde este admite que tiempo después de retirarse de la empresa solicitó la calificación y el análisis de puesto de trabajo y que le cancelaron indemnización y que para la fecha de la terminación del contrato no tenía recomendaciones pues esas fueron por seis meses y se las dieron el 25 de agosto de 2015** y ya estaban finalizadas, que en septiembre de 2015 le dieron el diagnóstico y que solo presentó la resonancia y no recuerda si estuvo incapacitado, afirmando que no tiene calificación de pérdida de capacidad laboral. Del análisis de las pruebas enumeradas concluyó que, si bien el demandante se le diagnosticó lumbago, ciática y espondilosis lumbar, no hay prueba alguna del estado de salud ni de pérdida de capacidad en los porcentajes señalados. Indicó que el demandante no probó que al momento de la terminación del contrato tuviese una incapacidad o una limitación o discapacidad en un porcentaje igual superior al 15 % exigido o una debilidad manifiesta y al no estar acreditada esta circunstancia no es beneficiario de la estabilidad laboral reforzada y no se requería acudir al Ministerio para darle por terminado el contrato, pues no eran suficientes las recomendaciones y en esa medida ABSOLVIÓ del reintegro y de la indemnización prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997. En cuanto a la pretensión subsidiaria esto es indemnización por despido sin justa causa y luego de referirse a sentencias sobre la carga de la prueba, analizó y citó el art 46 del CST sobre el contrato de trabajo a término fijo y encontró que en este caso e contrato inicial fue inferior a

un año, prorrogado e iniciado el 2 de abril de 2012 hasta el 30 de marzo de 2016, aclarando que desde el 30 de marzo de 2014 la prorroga era de un año, según la ley y que mediante comunicación que aparece a folio 17 (sic), de fecha 26 de febrero de 2016, la demandada, dio por terminado el contrato, leyó la comunicación y concluyó que como la demandada terminó el contrato antes del vencimiento del plazo, debía pagar la indemnización contemplada en el artículo 64 del CST, equivalente al valor de los salarios correspondientes a lo que faltaba para cumplir el plazo esto es del 26 de febrero al 30 de marzo y al revisar la liquidación encontró que fue pagada en su totalidad de acuerdo a la ley, por lo que también la absolvió de esta pretensión, sin que como indica la parte actora el contrato estuviese prorrogado hasta el 2017”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación manifestando:

“Que el demandante si fue despedido teniendo estabilidad laboral reforzada, pues si bien es cierto no tenía incapacidad o calificación de pérdida de capacidad laboral también lo es que en desarrollo de sus labores adquirió la patología siendo tratado por la EPS y la ARL, lo que originó recomendaciones y esto lo sabía la demandada y por eso cita sentencias de tutela en las que se indica que los individuos que se encuentran en vulnerabilidad porque los aqueja una afección de salud están incluidos en la estabilidad laboral reforzada, pues la enfermedad es un hecho objetivo y es necesario contar con autorización del Ministerio de trabajo, además la jurisprudencia ha dicho que si el trabajador no está apto para conseguir un nuevo empleo automáticamente se ubica en estado de debilidad manifiesta, lo que sucedió en este caso pues el demandante para el 26 de febrero de 2016, no se encontraba apto para conseguir un nuevo empleo, afectando su derecho al trabajo vida digna mínimo vital e incluso salud y la empresa debía era reubicar al trabajador, así como acudir al Ministerio, sin que tampoco hubiera demostrado que el demandante no se encontraba en debilidad manifiesta.”

CONSIDERACIONES

Según lo ya anunciado y en cumplimiento de lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS la Sala estudiara **el recurso de la parte demandante en cuanto a los temas que sustentó en el recurso de apelación**, que básicamente y en esencia se dirige a afirmar: i) que el **demandante, si gozaba de estabilidad laboral reforzada, por cuanto se habían dado recomendaciones y que estas eran conocidas por la demandada, toda vez que ante la afectación de salud es población vulnerable**, ii) Que no se solicitó permiso am Ministerio de Trabajo, iii) que no era apto al momento del despido para conseguir un empleo y eso lo hace gozar de la estabilidad reforzada y iv) que la demandada no logró demostrar que el demandante no estaba en debilidad manifiesta.

En consecuencia, lo primero a determinar es eso, esto es si el demandante en un sujeto de especial protección de acuerdo con lo consagrado en la ley 361 de 1997, resolviendo en conjunto además los demás puntos por su estrecha relación.

Está acreditado y reconocido además por el demandante, que al momento del despido no existía calificación de pérdida de capacidad laboral, afirmando incluso que la ARL, después de terminado el contrato, fue que analizó el puesto de trabajo, así como que fue también después de la terminación del contrato que solicitó calificación.

Lo anterior se corrobora con la documental que aparece a folios 28 y siguientes, esto es solicitud a la EPS CAFESALUD, **en donde el demandante el 25 de julio de 2017**, solicita calificación.

Bien el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el Decreto 019 de 2012 indica que “En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e

insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo...**”

La anterior Ley fue expedida **con el fin** de garantizar una protección integral y readaptación social del limitado físicamente en un grado de moderado, severo o profundo, lo cual se deduce del artículo 1º y 5º de la norma en mención, esto es, que no hacen parte de esa población protegida los demás limitados que no padecen ese grado de minusvalía y se estableció en el artículo 26 la prohibición para los empleadores **de obstaculizar una vinculación laboral por motivo de la limitación física de una persona**, a menos, que esta se demuestre como incompatible o insuperable para el ejercicio del cargo, lo cual persiste **independientemente de las discusiones sobre derogaciones y vigencia.**

Sobre el tema la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencia 35606 de 2009, 36115 de 2010, 41845 de 2012, 42451 de 2016 y en la más reciente 46842 del 22 de febrero de 2017, **señaló que dicha estabilidad no se otorga con el sólo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral, para lo cual enseñó una serie de requisitos que se exigen para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 como son: “(i) Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) Que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social.**

Es claro entonces, que para que opere la protección al momento del despido debe existir o bien discapacidad o bien un estado de debilidad

manifiesta que también y según lo ampliamente analizado tanto por la Corte Suprema como por la Corte Constitucional da lugar a la protección contenida en la Ley 361 de 1997, **pues si ella existe el despido se presume discriminatorio, debiendo la demandada probar que no lo fue, que obedeció a una razón objetiva y no a tal condición.**

Revisado el expediente, la historia clínica del demandante, las recomendaciones dadas por la EPS CAFESALUD, visibles a folio 19 y siguientes, ampliamente analizadas por la Juez de primera instancia, resulta evidente, **que el demandante no se encontraba en ninguna de las situaciones antes descritas**, ni siquiera a la fecha en que estas fueran emitidas podía conocerse un diagnóstico, toda vez que en el ítem correspondiente la EPS no lo describe garantizando, expresa, el derecho a la intimidad y acatando las normas al respecto.

Solo en consulta externa, días después es que el medico ortopedista describe un diagnostico M544 correspondiente a lumbago con ciática, pero ordenando desde ese momento una valoración por medicina laboral, por ortopedia, así como terapias físicas, sin incapacidad ni en ese momento ni después, cuando luego de realizar exámenes se emiten opiniones diagnosticas relativas estas, a **probables discopatías y cambios degenerativos discales y espondiloartrósicos.** (ver folio 24 y 25).

Así que ni antes ni al momento del despido en verdad existía un diagnóstico, una incapacidad y menos aún una limitación que ubicara al trabajador en las situaciones descritas.

Que se hubiesen dado recomendaciones con el fin de contribuir a la mejoría de síntomas, no da ni siquiera un indicio para determinar que las patologías sean de aquellas que generen discapacidad y menos aún que ubiquen en estado de debilidad manifiesta, **de hecho, el actor continuó laborando, la empresa cumplió con las recomendaciones, temporales, pues se itera persiguen la**

recuperación del paciente, y como el mismo actor admite para cuando el contrato terminó ya ni siquiera debía la empresa ajustarse a recomendación alguna.

Y es que definitivamente no todo estado de salud deteriorado conduce a un estado de debilidad manifiesta o grado alguno de discapacidad, ni aún las incapacidades lo indican, pues lo que se espera, nuevamente se indica, es la recuperación de la salud, por eso es que en cada caso en particular **debe analizarse si en verdad existía la condición en el momento del despido, pues si es así el despido se presume discriminatorio, como por ejemplo cuando son constantes las incapacidades, son conocidas por el empleador, son de tal seriedad que se prolongan en el tiempo y originan recomendaciones específicas, de las que en este caso definitivamente no hay prueba.**

Por tanto, en este caso el despido no puede presumirse discriminatorio, pues se itera al momento del despido no existía estado de debilidad manifiesta ni aún una incapacidad, que así no lo indicará, como para dar aplicación a las sentencias de la Corte Suprema al respecto, como la sentencia SL 12998 Rad 49321 de nov 29 de 2017 MP JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ y la SL 1360 de 2018 de abril 11 de 2018 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, que explican detalladamente el tema.

Justamente en esta última providencia la Corte aclara que si se acredita que al momento del despido existía esta condición, el despido se presume discriminatorio, luego corresponde al demandante probar si situación, para que se presuma discriminatorio el despido, no como equivocadamente sostiene la recurrente que deba la demandada demostrar que el actor no se encontraba en debilidad manifiesta o en una de las condiciones para gozar de la estabilidad reforzada, como si fuese eso lo presumido, sin que ninguna sentencia ni de la corte constitucional ni de la suprema lo hayan expresado así, pues sabido es que para que operen las presunciones debe existir un hecho

indicador demostrado por quien alega existe, en este caso el trabajador a quien le basta probar su condición de discapacidad, limitación o debilidad manifiesta en el momento de la finalización del vínculo para que se abra paso la presunción, otorgándole una ventaja probatoria al respecto, ya que en ese caso deberá demostrar la demandada que el despido obedeció a razones objetivas y no por el estado de salud ya acreditado.

Vale insistir en que, si bien antes de la finalización del contrato se hicieron algunas recomendaciones médicas, estas fueron cumplidas y se equivoca la recurrente cuando afirma que solo ellas hacen que el trabajador goce de estabilidad laboral reforzada; así como tampoco obedece a la realidad probatoria, en este caso, que el demandante se encontrara en imposibilidad de acceder a un empleo, eso no es más que una nueva afirmación carente de respaldo probatorio.

En consecuencia y como se insiste al momento del despido no existía ninguna de las condiciones para considerar al actor sujeto de especial protección, no debía la demandada acudir al Ministerio de Trabajo para obtener autorización, que dicho sea de paso como ha señalado la Corte solo procede cuando la finalización del contrato obedece a ese estado, pues si logra demostrar razones objetivas; no lo será.

Por lo expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia apelada, ya que arribó a idéntica conclusión.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por lo expuesto en esta audiencia.

SEGUNDO: Sin costas esta instancia.

Las partes se notificarán por EDICTO, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 22 2017 725 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta Ciudad, de fecha 10 de junio de 2019, por la apelación, presentada por el apoderado de la parte actora.

ANTECEDENTES

La señora BEATRIZ EUGENIA CANO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación realizada a la AFP PROTECCIÓN S.A. y se le ordene la devolución de la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta individual y se ordene a COLPENSIONES a activar la afiliación en pensión y a recibir la totalidad de los aportes a pensión de la demandante. Finalmente



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 725 01 Dte: BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

solicita se condene en costas a las demandadas y a los demás derechos que se encuentren demostrados en uso de las facultades extra y ultra petita. (fls.36)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 9 de agosto de 1961.
- Que se afilió el ISS desde el 18 de diciembre de 1986 y el día 15 de julio de 1996, a AFP PROTECCIÓN, fecha para la cual había cotizado 344,43 semanas.
- Que al momento del traslado el asesor le aseguró que el ISS pensiones se liquidaría debido al mal manejo de los recursos de dicha entidad.
- Que le aseguró que el monto de su mesada pensional sería superior a la que recibiría si continuaba en el ISS.
- Que la demandada no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado el régimen de prima media administrado por el ISS al régimen de ahorro individual
- Que la demandada PROTECCIÓN omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen pensional así como también, de las características de ambos regímenes pensionales.
- Que no le informaron el monto de su pensión.
- Que solicitó la nulidad del traslado efectuado, pero dicha petición fue negada. (fl.- 33 - 35)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 3, 4 y 20 para los demás, señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la nulidad alegada por no haber



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 725 01 Dte: BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada y prescripción. (fl. 52 - 58).

La demandada COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 3, 6, 21, 23 y 26, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones de 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 y no procedencia del pago de costas. (fl. 71 - 91).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia el 10 de junio de 2019, ABSOLVIÓ a las demandadas de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora. (fl.107 - 108).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que

DEL RECURSO DE LA PARTE ACTORA

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interponer recurso de apelación, señalando:

“Reanudando la grabación, en audiencia pública de juzgamiento dentro del radicado 2017-725, donde es demandante Beatriz Eugenia Cano contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y AFP Protección S. A, el despacho relevado a una síntesis de los hechos de demanda, conforme al artículo 280 del Código General del Proceso, procede inmediatamente a resolver el problema jurídico trazado que en este caso se recuerda es determinar, si el traslado de Régimen Pensional, enfrentada por la demandante a Protección S. A, es nulo e ineficaz en consecuencia si tiene derecho a que se retorne sus aportes efectuados en la cuenta individual al régimen de prima media que administra Colpensiones , frente a la falta del



Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 725 01 Dte: BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

deber de información en el traslado del Régimen Pensional tenemos que literal B, artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que la selección de uno a cualquiera los regímenes previstos en la artículo anterior, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestara por escrito su elección en el momento de la vinculación o de traslado. El empleador en cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cuál quier forma, será acreedor a las sanciones que trate el inciso 1 del artículo 271 de la presente Ley, de igual forma frente al tema del Decreto 656 de 1994, en el artículo 4, se dispone que su calidad de administradora el régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y como tales se encuentran obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherente dicha calidad, por lo tanto será el responsable de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados, en armonía con la anterior el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico Sistema Financiero aplicable la AFP de su creación, prescribe el numeral 1 el artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar los usuarios de los servicios que presta la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permite a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado, paralelamente tenemos en el parágrafo del artículo segundo de la Ley 1748 del 2014, que modificó el artículo 9 de la Ley 1328 del 2009, establece la forma de cómo debe orientar el deber de la información al respecto señalo, así mismo las administradoras tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permite la alusión de decisiones informadas, por su parte el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente que entienda las consecuencias derivadas de su elección en cuanto los riesgos y beneficios que caracterizan ese fondo, en este punto conviene precisar que si bien la Ley 1748 de 2014, no se encontraba vigente al momento en que la actora decidió trasladarse de régimen pensional, esto no es óbice para presentar una noción respecto a la forma en cómo debe configurarse el deber de información obligatorio para las administradoras de Fondos de pensiones en pro que lo que los usuarios puedan tomar su decisiones una vez encuentre lo suficientemente informado de todas las circunstancias que acarrea el aludido cambio régimen pensional, es decir el deber de información incluye entonces la ilustración de las características condiciones de acceso, efectos y riesgo de cada uno de los



Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 725 01 Dte: BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia un régimen de transición y la eventual pérdida los beneficios Pensionales.

Además el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los ahorros pensionales a fin del que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, o sugerencia, o recomendación al afiliado, acerca de lo que más le conviene por tanto lo que podía perjudicarlo incluso a partir de la Ley 1748 del 2014 artículo 13 del Decreto 2071 del 2015, el derecho tener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales, por tal motivo conforme literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se tiene entonces que desde aquella data ya el ordenamiento jurídico establecía un tipo de sanción, para los empleadores o en general para cualquier persona natural o jurídica que impidiera o atentara de cualquier forma contra el derecho al trabajo respecto a la desafiliación y selección de organismo o instituciones del sistema de seguridad social integral lo cual acarrea como sanción entre otras la ineficacia del traslado, paralelamente la jurisprudencia de la Sala Laboral, ha desarrollado unas reglas jurisprudenciales la cual se debe orientar y verificar si el correspondiente traslado de régimen se efectúa conforme a los presupuestos de libertad informada entre ellos se encuentra por la sentencia de radicado SL 31989 del 2008, SL 12136 del 2014, SL 19447-2017, SL 7595 del 2017, SL 3496 del 2018, SL 4989 del 2018, S.L. 037-2019, S.L. 1452 de 2019, y la más reciente la SL. 1688 del 2019, allí encontramos las reglas que se sintetizan en las siguientes:

PRIMERO: *Que por su naturaleza la responsabilidad de las Administradoras de pensiones de carácter profesional lo que les impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente les llene las normas en especial la de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia con prudencia y pericia y además todas aquellas que se le integrado por ser naturaleza de las mismas.*

SEGUNDO: *La información que debe proporcionar la administradora de pensiones, comprende todas las etapas del proceso desde la ante sala de la afiliación hasta la determinación de las comisiones para el disfrute pensional, esa información debe ser suficiente, oportuna, veraz, precisa, completa y transparente sobre las reales implicaciones que conllevaría a dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.*



Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 725 01 Dte: BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

TERCERO: *El deber de proporcionar a su interesada, una información completa y comprensible a la medida de la simetría que se a de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad, sólo así podría hablarse de la existencia de un consentimiento informado.*

CUARTO: *Una información que sea de proporcionar con la prudencia quién sabe que ya tiene el valor y el alcance de orientar el potencial afiliado que quien ya lo está y cuando se trate de asuntos de consecuencias considerables la elección de régimen pensional trascienden simple deber de información y como en mención del mismo reglamento la Seguridad Social Administradora, tiene el deber del buen consejo que la compromete a un ejercicio más antiguo y proporcionar la información de ilustración suficiente, dando a conocer las diferentes alternativas con su beneficio e inconveniente de tal manera que la diligencia debida se traduce en la carga de la prueba del actor a la entidad o a la AFP demandada.*

QUINTO: *Que para el cambio de régimen de prima media al RAIS tenga validez y demostrar la existencia de libertad informada le corresponde a las administradoras de Fondo de Pensiones, dar cuenta que complementaron clara y suficientemente los efectos que acarrearán el aludido cambio, so pena de declarar ineficaz a tránsito.*

SEXTO: *Que la actuación viciada de traslado régimen de prima media con prestación definida al de ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradora entre este último régimen, reglas que ya se han dicho por parte del suscrito que aplican incluso aquellas personas que no tienen una expectativa pensional o de derecho causado dado que ninguna de las sentencias citadas estableció esa condición, ello en atención a que la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Laboral, jamás se encargó de definir qué es una expectativa legítima, cuál es desafiados o con qué rango de cotización y edad se considera con expectativa legítima, concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia a unas reglas claras y objetivas, so pena de trasgredir el derecho de la igualdad prevista en el artículo 13 de la Constitución Política como hecho fundamental, en el caso en concreto y armonizando esta regla jurisprudenciales y legales tenemos que, se advierte que la promotora el juicio*



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 725 01 Dte: BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

se trasladó al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad desde 15 de julio de 1996, administrada por Protección S. A, conforme el formulario afiliación obrante a folio 9 y el reporte de Asofondos de folio 66 y siguientes y el formulario, también que obra en folio 59 el expediente, encontrándose actualmente afiliada como se corrobora con el reporte y resumen de historia laboral que obra en folio 62 al 65, así mismo se tiene o se verifica que la demandante, le fueron realizados por la AFP Protección S. A, proyecciones de su mesada pensional tanto en el régimen de prima media con prestación definida o en el régimen de ahorro individual con solidaridad, que si bien es cierto no se efectuaron el momento que efectuó el traslado que lo fue como se indicó anteriormente en el año de 1996, si lo hace en el mes de mayo el 16 de 2008, como se advierte la documental de folio 60 y 61, que denomina proyección de la pensión en un régimen de ahorro individual y en este documento se advierte que se le indicó a la demandante que la mesada pensional el Régimen de Prima media ascendería a un Millón Trescientos Cincuenta Mil Novecientos Diecinueve Pesos (**\$ 1.350,919**) teniendo en cuenta un ingreso base liquidación de un Millón Ochocientos Sesenta y Tres Mil Ochocientos Treinta y Tres Pesos (**\$ 1.863.833**) y una tasa de reemplazo el 72.5%, así mismo se indicó que el Régimen de ahorro individual con solidaridad a la edad de 57 años, la cuantía de su mesada pensional sería de Setecientos Setenta y Seis Mil Seiscientos Treinta y Ocho Pesos (**\$ 776,638**), con una tasa el reemplazo del 41.67%, teniéndole en cuenta el monto de la cuenta individual acumulado a ese momento de Ciento Cuatro Millones Doscientos Once Mil Cincuenta y Un Pesos, (**\$104,211,051**), más bono pensional capitalizado por la suma de Sesenta y nueve millones doscientos Noventa Mil Ochocientos Ochenta y Un Pesos (**\$ 69,290,881**), con una tasa estimada negociación del 9%, documento que cumple anotar tiene la rúbrica de la demandante Beatriz Eugenia en la parte inferior sin que se advierta allí algún reparo, igualmente como prueba de esa re asesoría se aportó el correspondiente formularios suscrito por la demandante, a través de la cual hace constar que el motivo por el cual se realizó tal actuación fue por recibo de carta y que la decisión de la afiliación de la señora Beatriz Eugenia Cano, es trasladarse del Instituto de Seguros Sociales como allí se observa en folio 61, documentales que gozan de plena validez al no ser desconocida no tachada de falso conforme al artículo 244 del Código General del Proceso. Por ello tiene plena validez y así se le imprime en este proceso,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 725 01 Dte: BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

además que el contenido que allí reflejan éstos documentos son coincidentes con lo conversado el interrogatorio surtida por la promotora del juicio el día de hoy, lo cual si se debe considerar como una confesión al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, analizado entonces las pruebas arrojadas al plenario como lo dispone el artículo 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, concluye el despacho que la señora Beatriz Eugenia Cano, no sólo diligenció el formulario lo firmó, lo entregó y radicó ante el fondo, sino que además hizo actos inequívoco de su voluntad tendiente de permanecer al régimen de ahorro individual.

Pues nótese que se realizó una proyección de la mesa pensional que le correspondería en cada régimen para el mes de mayo del 2018, momento para el cual hubiese podido trasladarse conforme el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, pues le faltaban más de 10 años, para cumplir la edad requerida para disfrutar la pensión a la cual se accede a la edad de 57 años por ser mujer según la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida ya anteriormente señalada dado que ni por edad ni por semanas cotizadas era beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no se puede olvidar que su natalicio ocurrió el 9 de agosto de 1961, según la copia de la Cédula de Ciudadanía que obra en el expediente a folio 8, si bien es cierto adujo en ese formulario que se trasladaría al Instituto de Seguros Sociales, también lo es que no lo hizo, pues continuó cotizado dicho Fondo hasta abril de 2018. Tal como se advierte el reporte historia laboral que obra a folio 62 al 66, es decir la actora realizó actos con los cuales convalidó y ratificó su traslado al régimen de ahorro individual, sin que ahora pueda desconocer esa realidad; pues es un axioma el de general del derecho que nadie pueda lucir su propia culpa en beneficio propio, por tanto la demandante con su actuar exteriorizó su voluntad y permanecer en ese régimen pensional la cual pretende desconocer ahora, el despacho considera que el Fondo involucrado durante la permanencia generada a partir de la afiliación, demostró haber informado suficientemente a la actora para que dentro de la temporalidad dispuesta legalmente, pudiera retornar nuevamente el Instituto de Seguros Sociales, también se avizora que la AFP Protección no fue negligente en el cumplimiento de sus funciones o que le haya suministrado a la actora información falaz o engañosa que hubiere producido a la promotora de juicio un convencimiento erróneo, sobre las particularidades del régimen de ahorro individual con



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 725 01 Dte: BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

solidaridad o los beneficios que perdería por no estar afiliada al régimen de prima media, el despacho no puede tener en cuenta lo manifestado en interrogatorio de parte por la demandante según el cual no se materializó el retorno al Instituto de Seguros hoy Colpensiones en mayo del 2008, debido a una falta de asesoría dado que son simples afirmaciones carente de prueba a través de otro medio o corroborarle a través de otro medio acto para ello, además nótese como la parte demandante en los hechos demanda ocultó la re asesoría efectuada en el mes de mayo de 2008, lo cual sólo vino a recordar con la contestación de demanda efectuada por Protección S.A. el despacho precisar que si bien es cierto en la Sentencia, SL 1688 del 2019, la Corte Suprema de Justicia advierte que la asesoría debe efectuarse únicamente al momento del traslado y no se admite ninguna otra asesoría con posibilidad a ello, frente a este preciso utópico de manera respetuosa me aparto de esta consideración, dado que ello va en contra vía de las mismas reglas jurisprudenciales sentada por esa misma corporación entre otras de la Sentencia, S.L. 413 del 2018, según la cual bajo el principio de la realidad sobre las formas previstas en el artículo 53 de la Constitución Nacional, es viable identificar la voluntad de afiliación o permanencia en un régimen pensional a partir de conductas inequívocas del afiliado tal como sucede en este caso donde es evidente que pese de habersele dado una asesoría completa antes de la temporalidad impuesta legalmente que tenía el actor para retomar al régimen de prima media y no lo hace, eso es indicativo de su real voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad de ahí que, cada caso particular deba estudiarse de manera diferente, conforme a lo anterior, no es posible declarar la ineficacia el traslado tampoco porque no se puede predicar como engaño el no cumplimiento de las expectativas del afiliado, como lo indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras el radicado 31989 del 2008, adicionalmente por qué tal como lo ha señalado la Corte Constitucional entre otras Sentencia en la C - 538 de 1996 y 086 del 2002, a través de la cual declaró exequible el régimen de ahorro individual, además indicó que los dos regímenes son diferentes y que los garantizan en forma diferente el reconocimiento de la pensión, es más, se atacó directamente la forma reconocer la pensión argumentando una desigualdad, sin embargo la Corte Constitucional indicó que no se puede aplicar el principio de igualdad a situaciones diferentes y que en el Fondo Privado las cuantía de la pensión está determinada por el monto de los aportes realizados y capacitados en una cuenta de ahorro



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 725 01 Dte: BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

personal de cada afiliado. Razón por la cual por la diferencia las mesas pensionales proyectadas no conlleva proceda a declararla ineficaz el traslado de conformidad entonces con las anteriores consideraciones el despacho absolverá a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a la AFP Protección S.A. de todas las pretensiones demanda interpuesta por la señora Beatriz Eugenia Cano Muñoz, declarándose probada la excepción de inexistencia derecho por regresar al régimen de prima media con prestación definida”

Inconforme con la decisión la parte actora interpuso recurso de apelación en los siguientes términos:

“Este caso la señora Beatriz Eugenia Cano Muñoz, exteriorizo su voluntad de retornar a régimen de prima media, a través de la firma que tuvo en el formulario de re asesoría, en donde asegura que no es su voluntad y deseo continuar en este Fondo de Pensiones, como quedó sentado en el Fallo de primera instancia, es importante tener en cuenta que este documento es aceptado por las partes que se involucran dentro de este proceso, de esta manera la señora Beatriz dejó saber al directo interesado en este caso Protección, que no era su interés continuar realizando sus aportes ni seguir vinculada a esta administradora de pensiones, la señora Beatriz Eugenia Cano, actuó con el convencimiento real que su voluntad o manifestación de su voluntad de retorno, habría sido suficiente con la asesora de Protección S. A, a quien le indicó que en este caso no era su interés continuar realizando sus aportes al régimen de ahorro individual, en tanto que está de acuerdo con lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte surtido en esta instancia ha indicado que se le Informó que no habría ningún problema con que se demorara un poco con la radicación de su formulario ante las gestiones que realizara ante el departamento de Recursos Humanos, pues está evidente que ella habría tomado la decisión del diligenciamiento del formulario que se aportó a este proceso, de esta manera a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, Solicitó de manera respetuosa, se Revoqué de forma total el fallo de instancia y en consecuencia se proceda a declarar nulo e ineficaz el traslado de régimen de la señora Beatriz Eugenia Cano, por falta de información, quien para el año del 2008 cuando aún se encontraba dentro de la posibilidad de retornar al régimen de prima media, manifestó de manera inequívoca su voluntad de hacerlo de esta manera, por falta de información”.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 725 01 Dte: BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la AFP PROTECCIÓN S.A. el 24 de julio de 1996.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 725 01 Dte: BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos como, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 725 01 Dte: BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por la demandante en señal de aceptación de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por la actora como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Es por ello que **NO** coincide la Sala con lo decidido por la Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 725 01 Dte: BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Aunado a los anterior, en el presente caso se encuentra que a la actora se le realizó una reasesoría para el año 2008, acto éste, que ya ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, no tiene la virtud de subsanar la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 725 01 Dte: BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

falta de información que debió prestarse al momento de la toma de la decisión de traslado de régimen.

Así mismo considera esta Sala que si bien, en dicha reasesoría efectuada el 17 de mayo de 2008, se le hizo saber a la actora que el monto de su mesada pensional sería inferior si continuaba en el Régimen de Ahorro individual y ésta señaló de manera expresa en el formulario visible a folio 61, que se trasladaría al ISS, y que para dicha data todavía no estaba inmersa en la prohibición de traslado de los 10 últimos años, lo cierto es, que solo le faltaban 2 meses y 23 días, tiempo que considera esta Corporación insuficiente para realizar los trámites de traslado, máxime si se tiene en cuenta lo manifestado por la actora en su interrogatorio de parte, cuando señaló que el asesor le indicó que no había afán en la radicación del formulario de cambio, por lo que no se comparten los argumentos del Juez de primer grado en este aspecto.

Por todo lo anterior, se impone **REVOCAR** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, para en su lugar, declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** al RAIS que efectuara la demandante a través de formulario de afiliación suscrito con PROTECCIÓN S.A. el 15 de julio de 1996, ordenando a esta demandada, efectuar el traslado de los aportes recaudados como consecuencia de tal afiliación, junto con sus rendimientos y gastos de administración a órdenes de la demandada COLPENSIONES.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES UNÁNIMAS DE LA SALA.

Consideran los restantes Magistrados que conforman la Sala es necesario autorizar a COLPENSIONES para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia, quedarán a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 725 01 Dte: BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante efectuó la demandante, señora BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ, al régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 15 de julio de 1996, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLFONDO PROTECCIÓN S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado la demandante BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración, dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la señora BEATRIZ EUGENIA CANO MUÑOZ al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: REVOCAR la condena en costas impuesta en primera instancia para que en su lugar queden a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A., y en favor de la demandante.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 725 01 Dte: BEATRIZ EUGENIA CANO
MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

(salva voto parcial respecto de la autorización dada a Colpensiones para que inicie acción judicial)

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 725 01 Dte: BEATRIZ EUGENIA CANO
MUÑOZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Me aparto parcialmente de lo resuelto por la mayoría de La Sala en sentencia compartida en lo que tiene que ver con la autorización a COLPENSIONES para iniciar acciones en caso de sufrir perjuicios ya que este es un asunto que no le compete al Juez, es de la autonomía de las entidades determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder e iniciar o no las acciones pertinentes.



MARLENY RUEDA OLARTE

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 22 2017 508 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARIA LUCIA SHLESINGER DE APARICIO
DEMANDADO: COLPENSIONES

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), día señalado por auto anterior para llevar a cabo la audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer el fallo proferido el 26 de septiembre de 2019, por el Juez Veintidós Laboral del Circuito, dado el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

ALEGACIONES

Durante el término concedido a las partes en providencia anterior, para presentar alegaciones, se recepcionó por vía correo electrónico, los de la parte actora.

ANTECEDENTES

La señora MARIA SCHLESINGER DE APARICIO, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se ordene a la demandada el pago de la pensión de vejez a partir del día 1 de abril de 2011. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago del retroactivo correspondiente desde el 1 de abril de 2011 y hasta el 31 de marzo de 2012, debidamente indexado. Finalmente solicita el pago de los intereses moratorios y las costas y agencias en derecho. (fl.- 53 - 60)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando:

- Que solicitó la pensión de vejez el día 6 de abril de 2011.
- Que la demandada mediante resolución No. 106940 del 13 de abril de 2012, reconoció la pensión reclamada a partir del 1 de abril del 2012.
- Que solicitó a la demandada el reconocimiento y pago el retroactivo correspondiente, pero le fue negado mediante resolución No. 31335 del 28 de septiembre de 2012, aduciendo que no se reportó novedad de retiro.
- Que su ex empleador reportó la novedad de retiro desde el mes de diciembre de 2012.
- Que pese a que se le aportaron las constancias de la novedad de retiro la demandada continúa negando el reconocimiento y pago del retroactivo. (fl.- 56 - 57)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptando los hechos contenidos en numerales 1, 4 a 12, 17 y 19, para los demás señaló que no le constan o que no son ciertos. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, inexistencia del derecho al retroactivo pretendido, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración al derecho al pago del IPC, indexación o reajuste alguno, intereses moratorios o indemnización, pago, compensación y no procedencia de la condena en costas. (fl.- 69 - 79).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandada. (fl.- 93).

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

“Al amparo de las consideraciones que pasan a explicarse, estaba demostrado en el plenario que el promotor del juicio se le reconoció pensión de vejez bajo los parámetros de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 del 2003 a partir del 01 de Abril de 2012 en cuantía de 932.159 pesos la cual fue reliquidada según se advierte la resolución visible folio 2 a 3, que el 03 de Junio de 2012, la demandante le entrego solicitud a la demandada con en objeto de que le fuese reconocido el retroactivo pensional a partir del 01 de Abril como obra a folio 4.

El pedimento fue resuelto a través de la resolución 31335 del 28 de Septiembre de ese mismo año 2012 como obra folio 15 a 16, la cual confirmó en su integridad la resolución anterior que el 16 de Octubre del 2013, la actora solicitó el reconocimiento nuevamente del retroactivo de la pensión reconocida como obra a folio 17, requerimiento el cual fue resuelto desfavorablemente mediante resolución GN 287759 el 31 de Octubre de 2013 visible a folio 19 a 20 la cual fue notificada el 14 de Enero de 2014, que el 24 de Enero de 2014 el demandante interpuso reposición contra la ente administrativa anterior con el fin de que efectuara el reconocimiento de los retroactivos causados, a partir del 01 de Abril de 2011, momento en el cual cesaron los aportes pensionales el cual fue saldado mediante resolución GNR 276142 del 04 de Agosto de 2014 y confirmó en todas sus partes la resolución anterior, que el 23 de Septiembre de 2014 peticiono el fondo pensional demandado con el objeto de que le fuese reconocido otra vez y pagado el retroactivo pensional a partir del 01 de Abril de 2011 pedimento que fue negado a través de resolución GNR 424869 del 15 de Diciembre del 2014 visible a folio 28 a 30, disposición contra la cual la actora interpuso recurso de reposición el 30 de Diciembre siguiente como obra a folio 31 el cual fue resuelto a través de resolución GNR 119828 del 28 de Abril de 2015, que el 30 de Noviembre de 2016 la demandante solicitó el retroactivo de la pensión de vejez pedimento que fue resuelto en la resolución GNR 367407 del 05 de Diciembre de 2016 accede a la reliquidación pensional y niega el retroactivo requerido otra vez folio 48 a 52.

En lo que concierne al disfrute del derecho pensional tenemos que es necesario tener en cuenta el artículo 13 del decreto 758 de 1990 que dispuso que la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de la parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesario de su desafiliación al régimen par que se pueda entrar a disfrutar de las misma para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, de lo anterior resulta pertinente entonces hacer una distinción entre la causación del derecho a la pensión y el disfrute de las

mesadas pensionales dado que el primer evento se suscita cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión, en otras palabras cuando adquiere el estatus mencionado hecho jurídico que se configura cuando el asegurado le da el mínimo requerido y termina con el mínimo requisito de semanas cotizadas y es exigido según el régimen pensional que le sea aplicable y para el disfrute de esta se tiene en cuenta el artículo 35 y bien que contempla la desafiliación al sistema como exigencia para acceder al disfrute de la pensión y los siguientes términos, artículo 35 forma de pago de las pensiones por invalidez y vejez, las pensiones de seguro social se pagarán por mensualidades vencidas previo al retiro del asegurado al servicio o al régimen según el caso para que se pueda entrar a disfrutar de la pensión”

Jurisprudencialmente la sala laboral de la Corte Suprema justicia tiene sentado que por regla general la desvinculación de sistema es un requisito necesario para la inicio de la percepción de la pensión sin embargo por vía excepcional ha señalado que existen situaciones especiales que ameritan reflexiones particulares y que deben ser advertidos por los jueces en ejercicio de su labor de administrar justicia en la cual se pueda colegir la desafiliación efectiva al sistema a saber: la sentencia SL 5306 del 2016 reiterada en SL 77 56 de 2018 precisó “el problema jurídico que se debe dilucidar en la corte es que se contrae en determinar si la interpretación del dispuesto en el artículo 13 y 35 del acuerdo 049 de 1990 no admite otro entendimiento diferente a que bajo cualquier circunstancia el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema, es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente en el sentido de que la percepción de la pensión está supeditada a la vinculación del régimen lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta corporación no obstante lo anterior esta sala en situaciones particulares en las cuales la utilización de la regla derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta de sus casos que por sus peculiaridades amerita una solución diferente y así por ejemplo son tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido condenado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión que ha sido solicitada tiempo la corte estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se ha completado los requisitos, también en contextos en los cuales la conducta del afiliado en otra su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal de sistema y en este orden podría decirse que si bien arreglada en el sigue siendo las vinculaciones sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión existen situaciones especiales que ameritan reflexiones Iguualmente particulares”.

Al amparo de las anteriores reglas procede despacho estudiar el caso concreto advirtiendo que revisará el reporte de semanas cotizadas del demandante actualizado el 12 de julio el 2018 y el cual lo allegan en CD de folio 85 se advierte que la última cotización efectuada por quién fue de su empleador este de la escuela colombiana de rehabilitación lo fue para el mes de marzo del 2011 data a partir de la cual no se evidencia más aporte al sistema de pensiones en favor de la actora y además se verifica que el 6 de abril de esa misma nulidad presentó la solicitud del reconocimiento pensional en atención a las circunstancias anteriormente referidas a juicio de esta sede judicial

**Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 00508 01 Dte: MARIA LUCIA SHLESINGER
DE APARICIO Ddo.: COLPENSIONES**

surge evidente del actor exteriorizó su voluntad de querer disfrutar su derecho pensional a partir de dicha data pues con ello deja acumular las semanas en el sistema pensional para efectos de incrementar su ingreso base de liquidación igualmente si bien es cierto no se advierte que si hubiese procedido con las vinculación a la actora del sistema pensional de manera formal lo cierto es que dicha carga se encontraba en cabeza de su empleador por lo que el requerimiento en ese sentido debía realizarle el fondo pensional directamente y no supe reconocimiento pensional a la acción del empleador al amparo de lo impuesto y para concluir que la intención de cesar cotización al sistema pensional lo fue el 31 de marzo del 2011 fecha para la cual se realizó la cotización a demás que para el momento de su última Cotización ya había efectuado con largueza cotizaciones por el número de semanas requeridas para acceder a la pensión pues tenía aproximadamente 1353.14 semanas por lo tanto el disfrute del derecho pensional debió ser reconocido a partir del día siguiente en que dejó de cotizar esto es 01 de Abril de 2011 y no desde la fecha reconocida por la demandada coligiéndose esta manera que en efecto la accionada se equivocó al reconocer el disfrute de la pensión el mes de abril de 2012 pues no tuvo en cuenta que para el mes de abril de 2011 ya cumplía súper e incluso supera las semanas y exigida en las normas aplicables que en este caso la ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 para reconocimiento de su pensión bajo estas consideraciones se declarará que el actor tiene derecho al disfrute a la pensión de vejez a partir del 01 de Abril del 2011, generando un retroactivo a favor de la misma, a causa de las mesadas dejadas de cancelar hasta el 01 de Abril de 2012, fecha a partir de la cual se le fue el reconocimiento pensional.

Sin embargo previo realizar la operación en matemáticas correspondientes se estudiará la excepción de prescripción propuesta por la demandada, para ello se tiene entonces que reconocimiento pensional se efectuó a través de la resolución 106 940 del 13 Abril del 2012 notificada el 7 de junio del 2012 como obra a folio 2 y 3 que la demandante solicitó por primera vez el retroactivo pensional el 13 de junio del 2012 como obra a folio 4 el cual fue negado a través de la resolución No. 31335 el 28 de septiembre del 2012, como obra a folio 15 y 16 la cual fue notificada en ese mismo año 2012 más exactamente el 28 de septiembre del 2012 y la demanda ordinaria se instaura el 14 de agosto del 2017 como obra a folio 64 del plenario.

De lo anterior se advierte entonces, que entre la fecha de reconocimiento de la pensión y la primera solicitud del reconocimiento del retroactivo personal momento a partir del cual se entendió interrumpido por primera vez el término de prescripción y la fecha de la presentación de la demanda se advierte que transcurrieron más de los tres años previstos en el artículo 488 del código sustantivo del trabajo y 151 del código procesal del trabajo y la seguridad social por lo que el retroactivo que hoy pretende la actora se encuentra cobijado por el fenómeno de la prescripción, conviene precisar que las peticiones que se hicieron en los años 2013 2014 2015 y los recursos que allí que respondieron esas peticiones los cuales obran a folio 21 y siguientes las mismas no interrumpieron en de manera sucesiva el término de prescripción por cuanto la misma sólo se entiende interrumpida por una sola vez y hasta cuándo se ha resuelto lo peticionado por parte de la entidad demandada conforme lo señala el artículo 6° del código procesal del trabajo y la seguridad social y la sentencia de exequibilidad condicionada de este artículo que metió la corte constitucional situación que en caso de auto se advierte acaecido en

**Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 00508 01 Dte: MARIA LUCIA SHLESINGER
DE APARICIO Ddo.: COLPENSIONES**

este caso el 28 de septiembre del 2012 momento por el cual se decidió por primera vez la petición sin que se observe que la demandante hubiere Interpuesto los recursos de ley contra esa resolución al amparo las anteriores elecciones se absorberá a de todas las súplicas de la demanda Colpensiones dado que se declara probada la excepción de prescripción de acciones se declara probada la dirección de prescripción propuesta por la demandada, costas serán de cargo de la demandante

Inconforme con la decisión la parte actora interpone recurso de apelación, en los siguientes términos:

“Gracias su señoría respetuosamente antepongo recurso con el propósito de que se examine la situación se está adoptando una prescripción que a juicio nuestro no existe por que mantuvimos una actuación permanente de reclamación antes Colpensiones agotando pues toda la vía administrativa y sólo consideramos que cuando colpensiones agotó la vía administrativa fue que se generó la oportunidad de que estuviéramos accediendo a la parte judicial, solicito respetuosamente su señoría que conceda el recurso”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta los términos del recurso interpuesto por el apoderado de la parte actora, esta Colegiatura abordará el estudio de la excepción de prescripción que fue propuesta oportunamente por la demandada y acogida por el Juez de Primer Grado al momento de dictar su sentencia, en la cual, declaró probado este medio exceptivo y absolvió a la demandada de la totalidad de las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, esta Sala encuentra que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C P del T y de la S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales y las leyes sociales.

Es clara así la ley en cuanto a la prescripción de las acciones que emanen de leyes sociales, señalando específicamente el art. 151 del C.P.T y S.S que:

***“Las acciones que emanen de las leyes sociales** prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual”.*

En cuanto a la interrupción de la prescripción, esta ocurre de dos formas: i) extraprocesalmente mediante **la reclamación escrita del trabajador sobre los derechos que persigue específica y claramente determinados** y ii) procesalmente con la presentación de la demanda siempre que se den los requisitos del art 90 del CPC, aplicable por remisión expresa del art 145 del C P del T y de la S.S.

Conforme a lo anotado, tenemos que el trabajador cuenta **con 3 años desde la fecha de exigibilidad de sus derechos para reclamarlos**, y este término puede ser interrumpido por él de dos maneras: - **mediante reclamo escrito recibido por el empleador o**, - mediante la presentación de una demanda con la que se reclamen aquellos; **pero por una sola vez.**

Ahora bien, revisado el expediente se encuentra que la prestación por vejez le fue reconocida a la actora mediante resolución No. 106940 del 13 de abril de 2012, en cuantía inicial de \$932.159 y a partir del 1 de abril del año 2012. (fl.- 2-3)

A folio 4 del expediente se encuentra el recurso de reposición suscrito por la actora de fecha 13 de junio de 2012, en el cual solicita *“el reconocimiento de la retroactividad de la pensión que el Instituto me reconoció una vez verificados los requisitos de ley”*, argumentando para ello que su derecho pensional debe reconocerse desde el día 6 de abril de 2011.

La anterior solicitud fue resuelta mediante resolución No. 31335 del 28 de septiembre 28 de 2012, en la cual la demandada indica que no se cumplen con las condiciones para acceder al reconocimiento de las pretensiones elevadas por el asegurado y al no encontrar variación relevante, confirmó la providencia recurrida; igualmente señaló que contra dicha actuación no procedía recurso alguno. (fl.- 15 -16)

Mediante memorial de fecha 11 de octubre de 2013, la actora nuevamente solicita el reconocimiento y pago del retroactivo al que considera tener derecho señalando que su ex empleador ya corrigió el error en el que se incurrió respecto a la fecha en que se retiró del servicio. (fl.- 17-18)

**Proceso Ordinario Laboral No. 22 2017 00508 01 Dte: MARIA LUCIA SHLESINGER
DE APARICIO Ddo.: COLPENSIONES**

Ante la anterior petición, la demandada da respuesta, mediante resolución No, GNR 287759 del 31 de octubre de 2013, en la que se niega nuevamente el reconocimiento y pago del retroactivo solicitado. (fl.- 19 – 20)

La parte actora interpone recurso de reposición contra la anterior resolución (fl.- 21 – 22), el cual fue resuelto por la demandada en resolución No. GNR 276142 del 4 de agosto de 2014, en la que se confirma la decisión objeto de reproche. (fl.- 23 – 24)

El día 23 de septiembre de 2014, la actora eleva derecho de petición ante la encartada, solicitando nuevamente el reconocimiento y pago del retroactivo pensional. (fl.- 25 – 27). Esta petición fue resulta de manera negativa por la demandada en resolución No. GNR 424869 del 15 de diciembre de 2014. (fl.- 28 – 30)

La parte actora nuevamente interpone recurso de reposición en contra de la anterior decisión (fl.- 31), el cual fue resuelto mediante resolución No. GNR 119828 del 28 de abril de 2015, de manera negativa.

Del anterior resumen, esta Sala encuentra que, tal y como lo señala la parte actora en sus alegaciones, fueron innumerables las solicitudes que elevó desde el momento en que se le reconoció su derecho pensional y hasta el momento de interponer la presente acción, no obstante lo anterior, le asiste razón al Juez de primer grado cuando señaló que solamente se podía tener en cuenta la primera reclamación.

Es así como la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1759-2020, radicación N.º 75116, del 03 de junio de 2020, indicó:

“Es de anotar, que el artículo 151 del CPTSS en armonía con el artículo 488 del CST consagran el término trienal de las acciones que emanen de las leyes sociales, estableciendo la posibilidad de su interrupción, por una sola vez, y el artículo 6 del CPTSS, regula que «Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquier otra entidad de administración pública solo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa», y mientras se encuentra pendiente se suspende el término de prescripción de la respectiva acción. El simple reclamo escrito, del afiliado o beneficiario de la prestación produce los efectos en el primer caso de la interrupción y en el segundo de la suspensión de la prescripción.

Ahora bien, como no existe discusión que mientras se surtió la reclamación administrativa, el término prescriptivo estuvo suspendido, se impone recordar el criterio de esta Corporación en relación con la temática enunciada, como se expuso en sentencia CSJ SL 15263-2017 en la que se recordó lo indicado en decisión CSJ SL13000-2015:

Ahora, sobre la interrupción y suspensión de la prescripción prevista en el artículo 448 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, frente a la reclamación administrativa de que trata el artículo 6 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la jurisprudencia de esta Sala, además de la sentencia citada por la censura, en la CSJ SL13000-2015, asentó lo siguiente:

En efecto, de acuerdo con el art. 6° del C.P.T. y S.S., la reclamación administrativa del derecho presentada ante entidades de la administración pública, suspende el término de prescripción hasta (i) cuando se decida la petición, o (ii) cuando transcurrido un mes desde su presentación no haya sido resuelta.

En cuanto a esta última hipótesis, incorporada por la L. 712/2001, debe clarificarse que fue declarada exequible condicionadamente por la Corte Constitucional en sentencia C-792 de 2006, en el entendido que «el agotamiento de la reclamación administrativa por virtud del silencio administrativo negativo, es optativo del administrado, de tal manera que si decide esperar la respuesta de la administración, la contabilización del término de prescripción solo se hará a partir del momento en el que la respuesta efectivamente se produzca». De suerte que, hoy por hoy, un adecuado entendimiento del art. 6° del C.P.T. y S.S., debe necesariamente contemplar el hecho de que hasta tanto no se emita y notifique la respuesta a la reclamación, el término prescriptivo permanece suspendido.

Siendo esto así, en el sub examine la demanda fue promovida dentro del plazo de los tres años siguientes a la fecha de agotamiento de la reclamación administrativa, por cuanto si bien la solicitud del derecho se presentó el 22 de agosto de 2005, lo cierto es que la respuesta vino a producirse el 30 de diciembre de 2005 y notificarse hasta el 26 de enero de 2006 (fl. 130), motivo por el cual, debe entenderse que el término prescriptivo resurgió nuevamente el 27 de enero de 2006, y con él, la posibilidad del trabajador de accionar ante los jueces del trabajo dentro de los tres años siguientes a esta última calenda, como efectivamente ocurrió.

A su vez, en sentencia CSJ SL17165-2015, la Corporación expuso:

Respecto de la excepción de prescripción que el Tribunal dio por configurada, también es dable decir desde ya que no hubo error jurídico alguno en la sentencia del acusado.

En efecto, toda la argumentación del cargo en este tema se sintetiza en que por haber mediado varias reclamaciones de la actora al ISS en procura de su derecho pensional, la demandante nunca dejó pasar lapsos superiores a los tres años, lo que equivale a decir que interrumpió el término prescriptivo dando lugar en cada reclamación a un nuevo conteo de tiempo.

Empero, el planteamiento de la censura es equivocado, pues tanto el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo como el 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que señalan el plazo general de tres años para la extinción de las obligaciones y acciones laborales, señalan que el simple reclamo escrito del trabajador sobre un derecho determinado, interrumpe la prescripción, pero por una sola vez, plazo que empezará a contarse de nuevo, sin que sea posible interrumpir ese plazo por varias veces, en tanto, como ya quedó dicho, los citados preceptos permiten la interrupción de la prescripción por una sola vez, tenor literal que no admite interpretación distinta ni mucho menos como la planteada por la acusación. Desde luego, no debe olvidarse que de conformidad con el artículo 6º del estatuto adjetivo laboral que regula la reclamación administrativa –consistente en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que se pretenda-- en las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública, mientras esté pendiente el agotamiento de dicha reclamación, el término de prescripción queda suspendido, de manera que la reanudación del término de prescripción se da desde el momento en el que se produzca efectivamente la respuesta de la Administración., o cuando el interesado, transcurrido un mes después de presentada, decide no esperar la respuesta y opta por la acción judicial, disposición que cabalmente también observó el Tribunal, como lo detalló en su sentencia en la manera como a continuación se resume:

La demandante, el 24 de octubre de 2003, reclamó al ISS el retroactivo pensional del período comprendido entre enero y julio de 2003, momento desde el cual el término de la prescripción quedó interrumpido e igualmente suspendido. El ISS, el 27 de abril de 2005 dio respuesta a esa petición y a otra que en igual sentido presentó la demandante el 14 de febrero de 2005 -que debe considerarse inocua-. A partir del día siguiente a esa respuesta, terminó la suspensión de la prescripción y comenzó a correr un nuevo término de tres años, el que de consiguiente venció el 28 de abril de 2008. No había otra posibilidad de que la demandante

interrumpiera nuevamente la prescripción frente a las mesadas causadas en el período citado, ni tampoco podía volver a reclamar administrativamente por ese mismo período, pues ya la Administración se había pronunciado en sentido negativo frente a dicha pretensión. Y como la demanda fue repartida al Juzgado de conocimiento el 18 de febrero de 2011 (folio 31), es evidente que la prescripción de las mesadas causadas durante el período reclamado quedaron afectadas por la prescripción.”

De conformidad lo anterior, se tiene que el trámite administrativo finalizó con la expedición de la Resolución 31335 del 28 de septiembre de 2012 ya que la parte actora solamente interpuso el recurso de reposición en contra de la decisión primigenia. Así mismo se encuentra que esta resolución fue debidamente notificada a la actora el día 8 de octubre de 2012 y en consecuencia esta actuación generó los efectos de la interrupción, y a partir de la mencionada calenda, comenzó a correr un nuevo término de tres años, que venció el 8 de octubre de 2015. En efecto, después de la calenda anotada, no había otra posibilidad para que la demandante interrumpiera nuevamente la prescripción frente a las mesadas causadas en el período citado. Por tanto, dado que la reclamación judicial del derecho discutido fue radicada en la oficina judicial de reparto el día 14 de agosto de 2017 (fl.- 64), se encuentra que el fenómeno prescriptivo si ocurrió en el presente asunto tal y como lo indicó el Juez de primer grado, por lo que se hace necesario, confirmar la decisión objeto de estudio.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 03-2018-497-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CARMEN YANIVE VILLAMIZAR
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Michael Cortázar Camelo, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de junio de 2019.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la parte demandante y demandada Colpensiones.

ANTECEDENTES

La señora CARMEN VILLAMIZAR por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03201800497-01 Dte: CARMEN YANIVE VILLAMIZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de la afiliación y traslado que efectuara al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir S.A., por haber existido vicio en su consentimiento, en tanto esta administradora omitió brindarle asesoría clara, completa, adecuada y eficaz sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional; como consecuencia de tal declaración, se condene a Colpensiones a recibir su afiliación sin solución de continuidad, condenando a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de saldos depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con rendimientos, bono pensional y sin descontar gastos de administración, que una vez recibidos tales aportes, se ordene a Colpensiones proceder a corregir su historia laboral. (fl. 5).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 25 de septiembre de 1963, por lo que actualmente cuenta con 54 años de edad, ue el 19 de mayo de 1981, se afilió al RPM, en el ISS, régimen en el que cotizó 686,43 semanas entre el 19 de mayo de 1981 al 11 de noviembre del 2000, que el 9 de octubre de 2000, suscribió formulario de afiliación al RAIS, con la AFP Porvenir S.A.; afirma que la asesoría brindada por esta última a efectos de lograr su traslado, fue deficiente, al no indicársele las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales, ni las consecuencias que el acto del traslado tendría sobre su situación pensional; señalándole el asesor en dicho momento que el ISS se iba a acabar y los aportes efectuados en este Instituto, se perderían, que no se le efectuó proyección alguna o escenarios comparativos en los que se determinara un posible valor de su mesada pensional en los dos regímenes.

Afirma que tampoco se le puso de presente que para alcanzar la pensión en el RAIS, su cuenta de ahorro individual, debía contar con el capital suficiente para financiar una mesada no inferior al 110% del SMLV, que el asesor encargado de gestionar su afiliación, le señaló que se podría pensionar de manera anticipada, sin señalarle cuáles eran las condiciones para acceder a dicha pensión anticipada, que no le informó sobre la posibilidad de retorno al RPM, conforme las previsiones del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ni sobre los descuentos por concepto de administración de aportes, que ha cotizado al



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03201800497-01 Dte: CARMEN YANIVE VILLAMIZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

RAIS un total de 882 semanas, sumadas a las cotizadas al RPM, arrojan un total de 1568.

Afirma por último que el 5 de febrero de 2018, radicó ante Porvenir S.A., derecho de petición solicitando elaboración de simulación pensional, conforme los dos regímenes pensionales, petición que fue respondida el 15 de febrero de 2018, en la que Porvenir le indicó que su mesada en el RAIS, sería de \$781.242 y en el RPM de \$1.724.400, existiendo una diferencia de más del 100%, entre ambas mesadas; por lo que el 27 de junio de 2018, radicó ante Colpensiones reclamación administrativa solicitando la nulidad del traslado de régimen, petición que fue negada. (fls. 4 y 5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 4, 13 a 16 y 18 y 19 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación. (fl. 64).

PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en No. 1, 15 y 16, manifestó no constarle los 2, 3, 13, 14 y 17 a 19, negando lo demás; propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa. (fl. 82).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia y/o nulidad de traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS, administrado en su momento por Horizonte hoy Porvenir S.A., realizado el 9 de octubre de 2000, para entenderla vinculada de forma válida al RPM, condenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones, todos los valores que recibió con motivo de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03201800497-01 Dte: CARMEN YANIVE VILLAMIZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

afiliación de la demandante, junto con bono pensional a que haya lugar, rendimientos e intereses causados, ordenando a Colpensiones aceptar dicho traslado de aportes y reactivar la afiliación de la actora al RPM, actualizando la información en la historia laboral de la demandante una vez recibidos dichos aportes, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a Porvenir S.A. (fl.129).

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que se habían allegado las historias laborales de la demandante, como la simulación pensional realizada por Porvenir, en la que se podía constatar el valor de la mesada que recibiría la demandante a los 57 años, tanto el RAIS como en el RPM, reflejándose que la tasa de cambio utilizada en este último para efectos de la simulación pensional, era del 71.46%, mientras en el RAIS era del 33.97%, lo cual denotaba la diferencia abismal respecto de una y otra, en cuanto al valor de la mesada, que también se habían allegado las solicitudes efectuadas por la demandante a las demandadas a efectos de lograr la nulidad del traslado y la certificación de bono pensional, así como el formulario de traslado y del interrogatorio de parte vertido por la demandante, no se podía extraer ninguna confesión, en tanto no beneficiaba a la parte contraria y la representante legal de Porvenir S.A., en interrogatorio de parte, había señalado que no existía ninguna documental mediante la cual se pudiera establecer cuál había sido la información entregada a la demandante al momento de su traslado.

Señaló que a la fecha en que la demandante suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A., ya existía la obligación legal a cargo de las administradoras de brindar una información completa, veraz y oportuna acerca de las ventajas y desventajas del cambio de un régimen a otro como lo establecía el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que consagraba la obligación de los promotores y para el caso en particular, sólo hasta el año 2018, se le había realizado una simulación pensional a la demandante, la que no se había efectuado al momento del traslado como lo señalaba la norma en cita y tampoco existía ninguna prueba que permitiera determinar cuál había sido la clase de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03201800497-01 Dte: CARMEN YANIVE VILLAMIZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

información brindada a la demandante y menos durante todo el tiempo de obligación que permaneció en Porvenir S.A.

Afirmó que respecto de la carga de la prueba, la doctrina del precedente vertical, analizando la obligación legal de brindar información, realizó continuos y pacíficos pronunciamientos, según los cuales la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la administradora pensional, con sentencia proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 y más recientemente dentro del radicado 54.814 de 2018, en el que no sólo recordó en cabeza de quien estaba la carga de la prueba, sino que reiteró cuáles eran las obligaciones de los fondos, existiendo ineficacia del traslado, por falta al deber de información.

Que asimismo, esa alta Corporación, refiriéndose al contenido del formulario de afiliación, había señalado que la firma de este y las afirmaciones consignadas en él como que la afiliación se realizaba de manera libre y voluntaria, no eran suficientes para dar por demostrado el deber de información y la decisión de traslado, debía estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente, que no se trata de adherirse a las afirmaciones de un formato, independientemente de si la persona se encontraba inmersa en un régimen de transición.

Indicó que acogiendo la doctrina del precedente judicial, se podía concluir que la demandada Porvenir S.A., no logró cumplir con su deber probatorio que brindo a la demandante una información veraz y oportuna, individualizada y personalizada, atendiendo a sus condiciones particulares laborales y económicas en el momento del traslado del RAIS al RPM, lo que traía como consecuencia la ineficacia de dicho traslado, habiendo lugar a condenar a Porvenir a efectuar el traslado de todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la demandante como cotizaciones voluntarias y obligatorias de haberlas efectuado, bonos pensionales de existir redimidos, junto con rendimientos financieros producidos por ese dinero, ordenando igualmente a Colpensiones a recibir dichos dineros, recibir a la demandante como su afiliada y actualizar su historia laboral.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03201800497-01 Dte: CARMEN YANIVE VILLAMIZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

En cuanto a la excepción de prescripción afirmo que era criterio jurisprudencial reiterado, que cuando se trataba de existencia de hechos y declaratoria de los mismos, no se estaba sometido ante el fenómeno de prescripción y como lo que se perseguía en últimas, era la mejora de la pensión, las pensiones, eran de carácter imprescriptible, no habiendo lugar a condenar en costas a Colpensiones, pues no medió en el acto de traslado, debiendo quedar estas a cargo de Porvenir S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, indicó que no se había viciado el consentimiento de la demandante, esta no había adquirido derecho alguno y la demandante estaba válidamente afiliada al RAIS.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora CARMEN YANIVE VILLAMIZAR, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la entonces Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., el 9 de octubre de 2000, el que reposa a folio 92 del expediente.

En este orden, la ineficacia del traslado de régimen ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03201800497-01 Dte: CARMEN YANIVE VILLAMIZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado, obligación que en efecto le asistía a las administradoras desde su creación legal, con la expedición de la Ley 100 de 1993.

En estos, contrario a lo manifestado por la recurrente, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, la demandante no alega tal vicio, sino que peticiona la ineficacia de su traslado por falta del deber de información; caso en el cual, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce 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 las pruebas aportadas al expediente se tiene que contrario a lo señalado por la entidad recurrente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegatos, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Carmen Villamizar, se le hubiera brindado alguna información o comparativo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03201800497-01 Dte: CARMEN YANIVE VILLAMIZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

respecto del régimen de prima media, como tampoco información acerca de su situación pensional particular; de tal manera, al no haberse allegado prueba de la información brindada a la señora Carmen, en los términos antes señalados, como se itera, era su deber, queda así demostrado que la demandada faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03201800497-01 Dte: CARMEN YANIVE VILLAMIZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Por otra parte, tampoco resulta de recibo el argumento de la entidad recurrente, también esbozado en sus alegaciones, según el cual el deber de información sólo se debe garantizar a quien al momento del traslado tenían un derecho adquirido; dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, permitiendo que sólo los que se encuentren inmersos bajo tales circunstancias, sean los únicos que puedan solicitar la nulidad de su traslado, cuando el deber de información, no sólo se predica de dicho grupo sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03201800497-01 Dte: CARMEN YANIVE VILLAMIZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

Es por ello que se encuentra ajustada la decisión recurrida, pues la Administradora de Pensiones demandada, PORVENIR S.A., a la que en primer momento se trasladó la actora, no demostró cómo le correspondía que manifestó a esta las desventajas como consecuencia de su traslado, al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada a la actora de esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **CONFIRMAR** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, en cuanto a la ineficacia del traslado de régimen pensional.

HASTA AQUÍ LAS CONSIDERACIONES DEL PROYECTO APROBADO UNÁNIMEMENTE POR LA SALA.

Consideran los restantes Magistrados que hay lugar a autorizar a COLPENSIONES para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. **Aspecto sobre el cual, la ponente salva voto.**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03201800497-01 Dte: CARMEN YANIVE VILLAMIZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

(salva voto parcial respecto a la autorización dada a Colpensiones para que inicie acción judicial)

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03201800497-01 Dte: CARMEN YANIVE VILLAMIZAR Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Me aparto parcialmente de lo resuelto por la mayoría de La Sala en sentencia compartida en lo que tiene que ver con la autorización a COLPENSIONES, para iniciar acciones judiciales; pues es un asunto que no le compete al Juez, es de la autonomía de las entidades determinar si ese hecho futuro e incierto llega a suceder, iniciar o no las acciones pertinentes.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'R' followed by a horizontal line and a small loop.

MARLENY RUEDA OLARTE

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 02-2018-486-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUIS ALFONSO LÓPEZ
DEMANDADO: FONCEP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 21 de agosto de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se receptionaron vía correo electrónico las de la entidad demandada.

ANTECEDENTES

El señor LUIS ALFONSO LÓPEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que cumple con los requisitos de tiempo de servicios y edad exigidos para ser beneficiario de pensión sanción, como consecuencia de tal declaración, solicita se condene a la demandada a reconocer y pagar pensión sanción a partir de la fecha en que alcanzó los 60 años de edad, junto con indexación e intereses moratorios. (fl. 1)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que estuvo vinculado laboralmente al servicio de la Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS, ostentando la calidad de trabajador oficial, entre el 29 de diciembre de 1980 al 31 de agosto de 1994, que mediante oficio de fecha 30 de agosto de 1994, su empleadora le comunicó que mediante resolución No. 3498, había dado por terminado su contrato de trabajo, siendo terminado este de forma unilateral y sin justa causa, que el 2 de junio de 2020, alcanza los 60 años de edad y que la EDIS, fue liquidada a través de Decreto 495 de 1996, que dicha empresa, no los tenía afiliados al sistema de seguridad social en pensiones.

Indica que por el tiempo laborado a la extinta EDIS, tiene derecho a acceder a la pensión prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 y la es la entidad demandada por virtud de la Ley, la llamada a asumir el reconocimiento y pago de la pensión solicitada, por haber sustituido a la EDIS en dichas obligaciones, que se encuentra agotada la reclamación administrativa por cuanto solicitó el reconocimiento pensional y este le fue negado el 18 de diciembre de 2017, a través de resolución SPE – GDP No. 185. (fl.2).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada en debida forma, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en los numerales 7 y 10 a 14, negó los No. 4, 6 y 9 y manifestó no contarle los demás; propuso como excepciones las que denominó petición antes de tiempo, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido a la pretensión de indexación de pensión sanción, prescripción de mesadas pensionales y factores salariales. (fl. 107).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió reconocer al demandante la pensión sanción a partir del 2 de junio de 2020, de manera indexada, en 14 mesadas pensionales, junto con reajustes anuales y absolvió a la demandada de las demás pretensiones invocadas en su contra, condenándola en costas. (fl.135)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

No hay discusión sobre el periodo que el demandante presto sus servicios, entre el 29 de diciembre de 1980 y el 31 de agosto de 1994, se acompañó al plenario como documentales aportadas por las partes demandantes siguientes: Registro Civil Nacimiento del demandante, fotocopia de Cedula del actor, Certificado laboral expedido por la subdirectora Administrativa de la Alcaldía Mayor de Bogotá, oficio de fecha 30 de agosto de 1994 por medio del cual se le informa al demandante que su contrato a fenecido, copia de la Resolución SPGDP N° 0185 del 18 de diciembre de 2017, por la cual se niega una Pensión Sanción, copia del Decreto de 348 del 29 de junio del 95, por la cual se decreta la entrada en vigencia al sistema general de pensión de la ley 100, copia del Decreto del 495 del 31 de julio de 1996, copia del decreto 655 del 28 de diciembre de 2011, oficio fechado el enero 31 de 1989 por medio del cual se efectúa depósito de la Convención Colectiva del contrato de trabajo de la empresa de Servicios Públicos EDIS y el sindicato de la empresa Distrital de Servicios Públicos Sintra EDIS, Convención de Trabajo suscrita entre la empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS y el sindicato Sintra EDIS.

De la Pensión Restringida de Jubilación, ley 171 de 1961, en su artículo 8° específicamente el cual señala “ el trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a 800.000 mil pesos, después de haber laborado para la misma o para su sucursal y subsidiarias por más de 10 años y menos de 15 años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigente ley tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido si para entonces se tiene cumplido 60 años de edad o desde la fecha que cumpla esa edad, con posterioridad al despido, si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de 15 años de dicho servicio, la pensión principiara a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los 50 años de edad o desde la fecha del despido si ya los hubiera cumplido, si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla 60 años de edad, la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicio respecto de la que habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plenamente, establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y se liquidara con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, en todos los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación, parágrafo 1° lo dispuesto en este artículo se aplicara a los trabajadores ligados por contrato de trabajo, con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados en los mismos casos allí previstos y con referencia a la pensión plena de jubilación oficial”, de la ley 50 de 1990, artículo 37, el artículo 267 del Código Sustantivo de Trabajo, subrogado por el artículo 8° de la ley 71 de 1961 quedara así: artículo 267 pensión después de 10 y de 15 años de servicio, en aquellos casos el trabajador no este afiliado al Instituto de Seguros Sociales ya sea porque dicha entidad no haya asumido el riesgo de vejez o por omisión del empleador el trabajador sin justa causa después de haber sido despedido después de haber laborado por el mismo empleador para sus sucursales o subsidiarias por más de 10 años y menos de 15 años continuos o discontinuos posteriores a la vigencia de la presente ley tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplido 60 años de edad o desde la fecha que cumpla esa edad con posterioridad al despido, si el retiro se produjera por despido sin justa causa después de 15 años de dicho servicio la pensión principiara a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los 50 años de edad o desde la fecha de despido si ya los hubiera cumplido si después de mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente tendrá derecho a la pensión pero solo si cumpla 60 años de edad, la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo del servicio respecto de la que habría correspondido al trabajador, en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecido en el artículo 260 del Código Sustantivo de Trabajo, y se liquidara con base en el promedio devengado en el último año de servicios, en todo los demás aspectos la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación, estas pensiones dejara de está a cargo de los empleadores cuando la pensión de vejez sea asumida por el Instituto de Seguro Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto, parágrafo 1°, en aquellos casos en que el trabajador este afiliado al Instituto de Seguro Sociales pero no alcance a completar el número mínimo de semanas que le da derecho a la pensión mínima de la pensión de vejez, bien por que dicho Instituto no habría ampliado la cobertura en una zona respectiva por emisión del empleador, desde el inicio de la relación laboral el empleador pagara el valor de las cotizaciones que faltaren al Instituto de Seguro Sociales, para que el trabajador adquiera el derecho proporcional a la pensión de vejez, Parágrafo 2°, en cualquiera de los eventos previstos en el presente artículo el empleador podrá conmutar

la pensión con el Instituto de Seguro Sociales”, ley 100 de 1993 artículo 133, pensión sanción, el artículo 267 del Código Sustantivo de Trabajo subrogado por el artículo 37 de la ley 50 de 1990, quedara así “ el trabajador no afiliado en al sistema general de pensión, por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado por el mismo empleador durante 10 años o más y menos de 15 años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores, a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene 60 años de edad si es hombre o 55 años de edad si es mujer, o desde la fecha que cumpla esa edad, con posterioridad al despido, si el retiro se produjere por motivo sin justa causa después de 15 años de dicho servicios, la pensión se pagara cuando el trabajador despedido cumpla 55 años de edad si es hombre y 50 años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido si ya los hubiere cumplido, igualmente la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicio, respecto del que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en el régimen de prima media con prestación definida, y se liquidara con base en el promedio devengado en los últimos 10 año de servicios, actualizado con base a la variación de índice de precios al consumidor certificado por el Dane. Parágrafo 1° lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los Servidores Públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado. Parágrafo 2° la pensiones de que trata el presente artículo podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Sociales. Parágrafo 3° a partir del 1 de enero de 2014, las edades a que se refiere el presente artículo se reajustaran a los 62 años si es hombre y 57 años si es mujer, cuando el despido se produjera después de haber laborado para el mismo empleador, durante 10 años o más o menos de 15 años, y a los 60 años si es hombre o 55 años si es mujer, cuando el despido se produjera después de 15 años de servicios “ .

Ahora bien, la Corte Constitucional en su Sentencia C 891 de 2006, acogiendo la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, manifestó que si bien el artículo 8° de la ley 171 de 1961, fue derogado por el artículo 37 de la ley 50 de 1990, y este a su vez por el artículo 133 de la ley 100 de 1993, sus efectos siguen vigentes frente a los trabajadores cuyo despido o retiro voluntario, se produjo en vigencia de la misma o en la ley 50 del 90, criterio que se fundamenta en el hecho de que estos aspectos el despido o el retiro voluntario, son los requisitos de causación del derecho, ya que la edad es simplemente un requisito de exigibilidad, aunado a ello en sentencia radicado 34070 del 11 de mayo de 2010, indico que la edad es apenas un requisito de exigibilidad de la pensión, más no es su causación, ya que el derecho del trabajador nace en el momento del despido del retiro injusto o retiro voluntario, después de más de 10 años o 15 años de servicios continuos o discontinuos. De otro lado el artículo 37 de la ley 50 de 1990, frente a los trabajadores oficiales no derogo ni modifico la pensión restringida, establecida en el artículo 8° de la ley 171 de 1961, por lo que dicha por lo que dicha prestación conservo su vigencia, para estos trabajadores hasta el momento en el que entro en vigencia la ley 100 de 1993, en sentencia del 5 de febrero de 2009 radicado 35251, en la cual se expresó “ ahora bajo esa orbita, empieza la Sala por advertir que el artículo 8° de la ley 171 de 1961, consagro tanto para trabajadores oficiales o para particulares la pensión proporcional de jubilación en las modalidades de pensión sanción cuando estos fueran despedidos sin justa causa con más de 10 años de servicio y menos de 20 continuos o discontinuos y la pensión restringida cuando se retirare voluntariamente con más de 15 años y menos de 20, es decir que el género es la pensión proporcional de jubilación y las especies la pensión sanción y la pensión restringida, dicha normatividad fue modificada para los trabajadores del sector privado por el artículo 37 de la ley 50 de 1990, y en ello tiene razón la censura en el sentido en que se mantuvo para los trabajadores oficiales, hasta la entrada en vigencia del artículo 133 de ley 100 de 1993, que nuevamente se refirió a ambos trabajadores particular y oficial ocupándose únicamente en la pensión sanción para los no afiliados por el sistema general de pensiones, por omisión del empleador que por sin justa causa, fueren despedidos con 10 años o más servicios”, el anterior razonamiento ha sido reiterado por otras sentencias como las de 10 de marzo de 2009, radicado 33600, 9 de marzo de 2010, radicado 33269, 13 de julio de 2012, radicado 48303 y en la del 19 de febrero de 2014, radicado 41890.

Ahora bien, en folio 19 del plenario reposa carta de terminación del contrato de trabajo del demandante con fecha de 30 agosto de 1994, allí se observa que la jefe de división de relaciones industriales de la empresa distrital de servicios públicos EDIS, le indica que mediante resolución 3498 de 30 de agosto de 1994, de la cual se le entrega copia del carbón se da por terminado el contrato de trabajo la cual se encontraba vinculada como

obrero “, adicional a ello en folio 25 del plenario se observa la liquidación de la empresa distrital de servicios públicos EDIS, ordenado por decreto 495 del 31 de julio de 1993, expedido por la Alcaldía Mayor de Bogotá, no obstante tal y como se ha señalado en reiteradas jurisprudencia, si bien la liquidación definitiva de una empresa es un monto legal de terminación del contrato de trabajo la misma no se constituye en una justa causa para terminación de lo cual es conclusión obligada que fue despedido sin justa causa, así las cosas de acuerdo los antecedentes, normatividad y jurisprudencia reseñados como a la desvinculación del actor contaba con un total de 13 años 8 meses y 2 días, tal y como se acredita en la certificación laboral que reposa en folio 11 del expediente por la subdirectora de la Alcaldía Mayor de Bogotá, lo cual le da derecho al reconocimiento pensional pretendido una vez cumpla la edad de 60 años esto es el 2 de junio de 2020, así como consta a folio 9, de su cedula de ciudadanía en razón a que a la fecha de despido no contaba con dicha edad y que la misma es como lo ha señalado de antaño a la jurisprudencia requisito para su exigibilidad, y no para su causación por lo que en el presente asunto contrario a lo sostenido por la demandada, no se está frente a una petición antes de tiempo como quiera que se reitera, el requisito para su causación corresponde al tiempo de servicios se encuentra cumplido por el demandante sin embargo no debe pasar por alto el juzgado el hecho de la afiliación del trabajador accionante a la seguridad social y concretamente a la Caja de Prevención Social del Distrito, durante toda la vigencia de la relación laboral tal y como da cuenta la certificación a folios 11 a 18 y que en sentir de la entidad accionada lo exige de la obligación pensional pretendida pues dicha consideración no es de recibo como quiera que ha sido posición pacífica y reiterada de la jurisprudencia que dicha situación no subroga al empleador al pago de la pensión restringida de jubilación que a favor de sus trabajadores llegara a causarse, además debe precisarse por parte de esta juzgadora que si bien el decreto 348 del 29 de julio de 1995, por el cual se decreta la entrada en vigencia al sistema general de pensiones prevista en la ley 100 de 1993, para los servidores públicos del Distrito Capital de las pruebas allegadas a los autos, en parte alguna se muestra que las demanda hubiera subrogado los riesgos de invalidez, vejez y muerte al entrar en vigencia para el Distrito de Bogotá el sistema general de pensiones así lo señalo la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación 30828 del 30 de octubre de 2007, la cual al resolver un caso igual al presente señalo “ ahora bien el hecho de haber cumplido el empleador con el deber de afiliar al actor a los riesgos de invalidez, vejez y muerte que administra el Instituto de Seguros Sociales, durante la vigencia del contrato de trabajo no lo exonera de eximir la carga económica derivada del reconocimiento y pago de la pensión sanción como consecuencia del despido injusto del demandante después de llevar más de 10 años servicio de conformidad con la normalidad que es aplicable el caso, lo anterior por cuanto en como insistentemente lo ha advertido la jurisprudencia de esta corporación el ISS, subrogo a los empleadores única y exclusivamente respecto a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, mas no en otro tipo de prestaciones derivadas del hecho de haberse frustrado al empleado de obtener una pensión plena y de un despido injusto como es el caso de la denominada pensión sanción”, por consiguiente acreditada la falta de despido y el tiempo de servicio prestado por el actor superior a los 10 años de servicios de acuerdo al artículo 8° de la ley 171 de 1961, procede el reconocimiento de la pensión restringida a partir del 2 de junio de 2020, fecha en la cual el actor de juicio, cumplirá los 60 años de edad la que deberá reconocérsele, junto con los incrementos anuales y las mesadas pensionales prestaciones con la adicionales, debidamente indexada, la primera mesada pensional prestación que deberá liquidarse del último año de servicios.

Aunado a lo anterior se entiende que el reconocimiento pensional incluye las 14 mesadas, como ya se dijo dado que esta pensión tiene su causación antes de la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, por lo que no podría aplicarse el parágrafo transitorio 6°, el cual señala se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente inciso del presente artículo, de aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres salarios minios legales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán 14 mesadas pensionales al año”. Frente a los intereses de mora, el despacho considera no acceder a dicha pretensión como quiera que los intereses de mora a aquí reclamados consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, solamente resultan aplicables a las prestaciones pensionales reconocidas bajo el imperio de dicha normatividad, situación que no corresponde a la del presente caso como quiera que la pensión restringida de jubilación que aquí se reconoce lo es en el artículo 8 de la ley 171 de 1961, normatividad anterior a la ley 100 de 1993, además la misma se hace exigible como ya se dijo al cumplimiento de los 60 años de edad, suceso que al proferirse la presente sentencia aún no ha ocurrido.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandada** señaló:

“En el presente caso, no está debidamente probada la injusta causa, requisito señalado de forma expresa en el artículo 8° de la ley 171 de 1961, porque tal y como lo expuso su despacho, existe la carta de contratación de contrato de trabajo, pero dicha carta claramente obedece en razón a la liquidación de la Empresa EDIS, es decir que si existe una justa causa para lograr dar una terminación de dicho contrato de trabajo, entonces no podría asedarse a la prestación que le solicitara con la presentación de la demanda. De otro modo sea también la oportunidad de señalar que, como de ello deviene consecuencias directas en el sentido de reconocimiento de indexaciones y mesadas adicionales, sea la oportunidad señalar claramente el Acto Legislativo 01 de 2005, elimino dicha prestación y solo se podrían generar 13 mesadas al año a partir de la expedición de los parágrafos que fueron transitorios, que solo limitaba sus efectos hasta el años 2011, y en el presente caso tal y como acreditara de forma previa, pues el derecho pensional solo se causara hasta el año 2020, es decir que claramente no se podía acceder a las prestaciones de la demanda, por cuanto efectivamente no se encontraba probado y demostrado en el expediente la injusta causa que fue alegada pues en el momento de hacer la reclamación administrativa”

CONSIDERACIONES

El artículo 8° de la Ley 171 de 1961 señala que el trabajador que sea despedido sin justa causa después de haber laborado más de 10 años y menos de 15 años, continuos o discontinuos tendrá derecho a la pensión pero sólo cuando cumpla 60 años de edad.

Al respecto, se observa que como bien lo señaló la juzgadora de instancia, no fue objeto de reparo que el señor Luis Alfonso López, laboró al servicio de la extinta EDIS, entre el 29 de diciembre de 1980 al 31 de agosto de 1994 y ostentaba la calidad de trabajador oficial, como se describe en certificación visible a folio 11 del plenario, documental que da cuenta que la terminación del vínculo laboral del actor, obedeció a la liquidación de la entidad para la cual prestaba sus servicios; caso en el cual y contrario a lo afirmado por la recurrente, la finalización de la relación laboral por liquidación de una entidad, se considera una causa legal de despido, pero **injusta**, como lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado 68773 del 16 de octubre de 2019, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

Conforme lo anterior, encontrándose acreditado en el presente el despido sin justa causa de que fue objeto el actor, se tiene que este tuvo lugar como se señaló el **31 de agosto de 1994** y como lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para efectos de la pensión sanción, la fecha del

retiro del servicio es la que determina la norma que aplicable a efectos de reconocer la misma, en oportunidad reciente, reiteró la Corte en pronunciamiento radicado No. 61376 del 5 de septiembre de 2018 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno:

*“No incurrió el Tribunal en ningún error desde el punto de vista jurídico, por cuanto esta Corporación ha sostenido, en primer lugar, que la norma aplicable al caso de la pensión sanción, es la vigente al momento en que se efectúa el despido injusto por parte de la entidad empleadora, de modo que no tienen efectos normas anteriores a este hito temporal. **También ha resaltado la Corte que el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, para el caso de los trabajadores oficiales, calidad ostentada por la hoy demandante, conservó su vigencia hasta el momento en que entró a regir el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que mantuvo esta prestación solo para los eventos de despido injustificados de trabajadores con diez (10) años de servicios o más, que no hubiesen sido afiliados al sistema de seguridad social en pensiones por omisión del empleador o que se hubiesen inscrito por éste de manera tardía o extemporánea**”.*

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se tiene que conforme la fecha de retiro del servicio del trabajador, esto es, agosto de 1994, la normatividad aplicable para el estudio de su pretensión, es el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, pues si bien, como lo señala la entidad en sus alegaciones, ya se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993, el actor laboraba para una entidad del orden Distrital, para la cual, el Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993, entro en vigencia el **30 de junio de 1995**, conforme lo dispuso el artículo 151 de dicha disposición.

Así las cosas y contrario a lo manifestado por la demandada en sus alegaciones, encontrándose en el presente satisfecho uno de los requisitos previstos en el Ley 171 de 1961, esto es, la terminación del vínculo laboral sin justa causa, **en cuanto al tiempo de servicios y la edad**, se itera que conforme certificación visible a folio 11 el actor laboró para la extinta EDIS desde **el 29 de diciembre de 1980 al 31 de agosto de 1991**, acreditando un tiempo total laborado de 10 años y 8 meses y atendiendo lo indicado en la cédula de ciudadanía que obra a folio 9 del expediente se acredita que el señor López, **nació el 2 de junio de 1960**, por lo que **ese mismo día y mes del año 2020 cumplió los 60 años de edad**.

La Corte Suprema de Justicia ha sido clara al indicar que esta pensión se **causa** desde el momento en que el trabajador es despedido sin justa causa o cuando se retira voluntariamente, primer presupuesto que es el caso del demandante y que la edad exigida, es un requisito pero para su **exigibilidad**, así quedó dicho en la sentencia con radicado 43751 de 2014 emitida por la Máxima Corporación de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria.

Es así como, en atención a lo dispuesto por el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 y la jurisprudencia transcrita frente al tema de causación y exigibilidad de la pensión se tiene que, el demandante causó tal derecho pensional antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para los trabajadores del sector distrital, esto es, **el 31 de agosto de 1994, siendo exigible la misma desde el 2 de junio de 2020**, data para la cual, alcanzó los **60 años de edad**, circunstancias que llevan a concluir, que el señor Luis Alfonso López, cumplió los requisitos para el reconocimiento de la prestación pensional de que trata el artículo 8 de la precitada Ley 171, como en efecto lo señalara la Juez de conocimiento.

En cuanto al monto pensional, el mismo debe liquidarse conforme los parámetros establecidos en la Ley 62 de 1985 sin vulnerar el principio de inescindibilidad de la norma y así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias radicado 40260 de 2013 y SL13192 de 2015 y con la fórmula establecida por la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-637 de 2016, esto es, indexando el salario promedio devengado en el último año de servicios desde el 31 de agosto de 1994, fecha en que terminó la relación laboral, hasta el 2 de junio de 2020, data para la cual, alcanzó los 60 años de edad.

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta, tal cuestión fue reiterada recientemente por la H. Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento radicado No. 54163 del 7 de marzo de 2018, oportunidad en que indicó la Corte:

“Ahora, no todos estos conceptos pueden tomarse para calcular la pensión, tal como se señaló, en sentencia CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 38885, reiterada en providencia CSJ SL13192-2015, en la que se dijo lo siguiente:

Siendo ello así, es evidente que incurrió en el cuarto error que se le enrostra, pues de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 8° la Ley 171 de 1961 y el numeral 4° del Decreto 1848 de 1969, en atención a que la pensión restringida de jubilación reconocida al demandante se causó el 15 de noviembre de 1991, ésta debe liquidarse con relación a la que le habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que para ese momento es la consagrada en la Ley 33 de 1985, la cual dispone en su artículo 1°, que el salario a tener en cuenta es el promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores que lo integran los que se indican en el artículo 3° ibídem, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, esto es, **la asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.**

Y más recientemente en la sentencia CSJ SL2427-2016, 17 dic. 2016, rad. 52399, se puntualizó:

Por último, no está por demás recordar que el IBL de pensión prevista en el art. 8 de la L. 171/61 no se integra con totalidad de pagos salariales entregados al trabajador, sino exclusivamente con los salarios promedio que sirvieron de base para los aportes, los cuales se encuentran enlistados en el art. 3 de la L.33/1985, modificado por el art. 1 de la L. 62/1985, tal y como lo ha asentado esta Corporación en sentencia CSJ SL, 10 ago. 2010, rad. 38885, reiterada recientemente en providencia CSJ SL13192-2015". (negrilla fuera del texto original)

Es así como en esta oportunidad, de los factores mencionados por el criterio jurisprudencial en cita, se tiene que para el caso del demandante, obra certificación de devengos durante el último año de servicios visible a folio 11 y s.s., del plenario, que da cuenta que recibió sueldo básico, prima de antigüedad y pago por trabajo suplementario, siendo estos tres factores los que se deben tener en cuenta al momento en que la demandada efectúe la liquidación de la pensión por encontrarse estos previstos en la Ley 62 de 1985; debiéndose **adicionar** en tal sentido en numeral PRIMERO de sentencia recurrida.

Ahora, en lo que respecta al reconocimiento de la mesada No. 14, contrario a lo afirmado por la entidad recurrente, preciso resulta mencionar que conforme a la fecha en que causó la pensión del señor Luis López, esto es, el 31 de agosto de 1994, se encontraba vigente la norma que consagra la mesada 14 para todos los pensionados, sin excepción alguna, como bien lo ha expuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 6473 radicado 60193 de 2014, oportunidad en que señaló; *“Finalmente, en lo que hace a la inconformidad de la condena al pago de la mesada catorce o adicional, por contrariar el Acto Legislativo No.1 de 2005, es suficiente advertir que la pensión se causó en noviembre de 1991, por manera que no puede resultar afectada por la enmienda constitucional.”*

Prescripción

En este caso, es claro que no transcurrió el término prescriptivo, por cuanto, el reconocimiento pensional que aquí se confirmará, se hace exigible como se señaló a partir del 2 de junio del año en curso.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral PRIMERO de sentencia recurrida, en el sentido de señalar que la pensión allí reconocida, debe ser liquidada con los factores salariales previstos en la Ley 62 de 1985, conforme lo señalado en la parte pertinente de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE

MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

MAGISTRADO

ACLARACION DE VOTO. Suscribo la providencia, entendiendo que el monto o porcentaje para liquidar la prestación es el 51,25% sobre el ingreso base, por ser la proporción que corresponde al tiempo servido por el demandante (13 años 8 meses).



HUGO ALEXÁNDER RÍOS GARAY

MAGISTRADO

SALVO VOTO POR CUANTO
NO SE LIQUIDÓ LA PENSIÓN
CONFORME LEY 171 DE 1961