

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

TSB-SALA LABORAL
54801 30OCT'20 PM 3:20

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ALEXI YESID BAREÑO URREA

DEMANDADO: ECOPETROL Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 014 2016 00112 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte **demandante** y **BLASTINAVAL DE MEXICO COLOMBIA S.A.**, a través de la sucursal **BLASTINAVAL COLOMBIA** contra la sentencia proferida el 29 de julio de 2020 por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende de se *declare* que BLASTINAVAL DE MEXICO COLOMBIA S.A., a través de la sucursal BLASTINAVAL COLOMBIA contrató sus servicios mediante contrato a término fijo inferior a un año de dos meses que inició el 29 de agosto de 2013 y finalizó el 29 de octubre de 2013, contrato que se prorrogó de manera sucesiva en tres oportunidades, por lo que a partir del 1 de mayo de 2014 quedó renovado por un año; que la terminación del contrato debió acaecer el 30 de abril de 2015, no obstante el contrato se prorrogó por un año más a partir del 1 de mayo de ese 2015; sin que le fuera preavisada su terminación y, además, la terminación fue

sin justa causa; que fue objeto de incapacidades que superaron los 180 días, por lo que a la fecha de la terminación del vínculo se encontraba en trámite de pérdida de la capacidad laboral; que debía realizar las labores a favor de Ecopetrol vinculado por medio de sociedad Blastinaval de México S.A, a través de su sucursal; que las demandadas no han cumplido con el pago de su liquidación y que existe solidaridad entre las convocadas frente a las condenas (f.º 167-183)

Como sustento de sus pretensiones, refirió que el 29 de agosto de 2013 fue contratado por BLASTINAVAL COLOMBIA mediante contrato a término fijo de dos meses, para desempeñar el cargo de conductor devengando como salario la suma de \$1.398.000; señaló que el contrato se prorrogó sucesivamente en tres oportunidades y que la encartada no notificó el preaviso dentro de los términos de ley; indicó, que en el mes de noviembre de 2013 estando al servicio de su empleador fue diagnosticado y posteriormente operado de la patología trastorno disco lumbar y otros, encontrándose incapacitado a partir del mes de noviembre de 2013, incapacidades que se prorrogaron hasta el 29 de abril de 2015; precisó, que estando en incapacidad le fue entregada la carta mediante la cual le notificaron la terminación del contrato de trabajo, mismo que finalizó el 3 de mayo de 2015, calenda para la cual se encontraba en tratamiento médico y en proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral, circunstancias que eran de pleno conocimiento por parte de su empleador; informó, que Seguros Alfa S.A. emitió pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración 13 de febrero de 2015 y un porcentaje de 8.75%; finalmente dijo que la demandada le adeuda el valor de su liquidación.

ECOPETROL se opuso a todas y cada una de las pretensiones, con sustento en que, no se cumplen los prepuestos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, en razón a que dicha empresa se dedica a la exploración, explotación, producción, comercialización de hidrocarburos y la empresa Blastinaval en ejecución del contrato se contrató para las “obras de construcción para equipos de interconexión de los servicios de agua, gas y aire”, actividad que resulta ajena al giro ordinario de Ecopetrol.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó: falta de legitimación por activa, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, compensación y prescripción. (f.º 220-226).

Además, llamó en garantía a CONFIANZA S.A. (f.º247-249), quien se abstuvo de efectuar pronunciamiento frente a las pretensiones de la demanda y se opuso respecto de las pretensiones del llamamiento, en la medida que la póliza de cumplimiento N 06 EC000651 no se otorgó para el amparo de

550

salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, al paso que no se opuso a que esa aseguradora se vea obligada a pagar al demandante con ocasión de la póliza de cumplimiento EC000731, siempre y cuando Ecopetrol sea condenado solidariamente responsable.

Propuso las siguientes excepciones de mérito: Inexistencia de solidaridad laboral a la que hace referencia el artículo 34 del CST, El cargo del demandante no se encuentra relacionado con actividades propias de la industria del petróleo, inexistencia de prueba de los presupuestos que configuran un fuero especial que dé lugar a la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ausencia de coberturas de acreencias laborales, ausencia de cobertura de acreencias laborales causadas por fuera de la vigencia de la póliza, los hechos de la demanda no guardan relación con la orden de trabajo No. 4047007 del contrato MA-0018020 garantizado mediante la póliza de cumplimiento 06 EC000731, máximo valor asegurado y la genérica (f.º 429-445)

Mediante auto del 30 de abril de 2019, el juzgado de conocimiento tuvo por no contestada la demanda a Blastinaval Mexico S.A. de C.V, conducta que se tuvo como indicio grave en su contra (f.º549-550)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 29 de julio de 2020, declaró que entre el demandante y Blastinaval México S.A., a través de Blastinaval sucursal Colombia existió un contrato de trabajo que inició el 29 de agosto de 2013 y finalizó el 3 de mayo de 2015; que la terminación del contrato de trabajo se dio sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; condenó a dicha empresa a pagar la indemnización prevista en esa norma, al igual que la indemnización por despido sin justa causa y la absolvió de las demás suplicas, también absolvió a Ecopetrol de las pretensiones incoadas en su contra, desvinculó a la Compañía Aseguradora de Fianzas Confianza y condenó en costas a Blastinaval sucursal Colombia.

RECURSOS DE APELACION

El apoderado de la parte actora solicitó se condene a la encartada al pago de la sanción moratoria y se acceda a la solidaridad deprecada en la demanda.

Al paso que Blastinaval sucursal Colombia solicitó la revocatoria de la sentencia con sustento en que i) el actor no se encontraba incapacitado para

el momento en que se terminó el vínculo laboral, ii) no procede la indemnización por despido y iii) se está condenando a una sucursal extranjera que tiene la connotación de ser un establecimiento de comercio.

ALEGACIONES

La apoderada de la parte actora presentó alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la procedencia de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al igual que la indemnización por despido sin justa causa.

Verificar la legitimación en la causa por pasiva.

Establecer si procede la solidaridad deprecada con Ecopetrol,

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 3-9, contrato de trabajo a término fijo inferior y otros síes.
- A folio 18, comunicación adiada el 30 de marzo de 2015, por medio de la cual se preavisa al demandante sobre la terminación del contrato de trabajo el día 3 de mayo de 2015.
- A folio 22 y 286-287, evaluación médico ocupacional realizada el 5 de mayo de 2015.
- A folio 42-49, historia clínica del demandante.
- A folios 50-51, incapacidad médica.
- A folio 152-, dictamen de pérdida de capacidad laboral.
- A folio 198-214, contrato N° MA-0018020
- A folio 215- 219 y 556- 564, OT No. 4047007 OT No. 4044621
- A folio 307-312. Auto proferido por la Superintendencia de Sociedades por medio del cual se admite a la sociedad Blastinaval Colombia al proceso de reorganización regulado por la Ley 1116 de 2006

Caso concreto:

De la protección contenida en la Ley 361 de 1997.

Solicitó el demandante que se ordene el pago de la indemnización de 180 días de salario prevista en la ley 361 de 1997.

Para definir el asunto bajo estudio, se tiene que la Ley 361 de 1997 establece una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a las personas en condición de discapacidad, dando desarrollo a través del artículo 26 a la estabilidad laboral reforzada de la que deben gozar los trabajadores en estado de discapacidad.

De conformidad con la reiterada jurisprudencia y conforme a la protección brindada en la Ley 361 de 1997, es necesario acreditar el grado de limitación en la capacidad laboral, junto con el conocimiento que debe tener el empleador de la misma, y que entre éstas haya mediado un nexo de causalidad para la terminación del contrato que permita colegir que el fenecimiento del vínculo se produjo con ocasión de la discapacidad que padece el trabajador.

En este punto, conviene recordar que la Ley 361 de 1997 no determina los extremos de la limitación severa o profunda, pero se debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017 cuando señala que el estado de salud de quien pretende el fuero de estabilidad laboral reforzada por discapacidad física, exige que dicho estado de salud sea de tal magnitud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, en Sentencia SL1360-2018 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, expuso:

“que dicho precepto no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que «lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio», por lo tanto, «la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador; en este sentido, «a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva».

Lo anterior, es relevante dado que ante el inspector del trabajo debe acudir el empleador cuando la terminación del vínculo sea por razón de la limitación, conforme lo prevé el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En el presente caso, la Sala anticipa que la sentencia será revocada, por las razones que pasan a exponerse.

Analizado todo el material probatorio adosado al expediente, se determina que para la fecha en que la pasiva dio por terminado el contrato de trabajo del demandante, el actor no contaba con una limitación que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares para cobijar al trabajador con una estabilidad laboral reforzada.

Lo anterior, se colige en *primer lugar*, al determinarse que para la para fecha en que se dio por terminado el contrato de trabajo, el demandante se encontraba desarrollando normalmente sus funciones como conductor.

Ello, por cuanto de la prueba documental, en especial la historia clínica que reposa a folios 42-49 y la instrumental de folio 50-51 da cuenta que el accionante no gozaba de una licencia médica que le impidiera ejercer sus funciones para el 3 de mayo de 2015, fecha de terminación del vínculo, pues la última de ellas fue extendida desde el 20 de enero de 2015 hasta el 18 de febrero de 2015, causa externa enfermedad general, incluso si se revisa las documentales de folios 44-47, se avizora no solo pronóstico de rehabilitación favorable, sino la reincorporación laboral del demandante, con recomendaciones.

En *segundo lugar*. Aun cuando se cuenta con la calificación del estado de pérdida de capacidad laboral emitido por seguros Alfa, es de anotar que el mismo tiene fecha de realización el 18 de diciembre de 2015, esto es, una calenda posterior a la fecha de terminación de la relación laboral.

En *tercer lugar*, la evaluación médico ocupacional que corre a folio 22, registra como observación: "*tratamiento de rehabilitación terminado por la especialidad fisiatría. Ultima incapacidad expedida hasta 19 de abril*"

Bajo ese escenario, se debe anotar que la terminación del vínculo laboral por razón distinta a la situación de discapacidad de una persona que le impida el desarrollo de la actividad contratada no da lugar a la solicitud de autorización por parte del Ministerio, siendo precisamente esa la situación que se presentó en el caso bajo consideración de la Sala, en la medida que la terminación del vínculo laboral que existió entre las partes si bien fue por la expiración del plazo fijo pactado, no lo fue con ocasión de la enfermedad que aquejaba al actor porque no se encontraba en estado de debilidad manifiesta, esto es, en una situación de salud que le impidiera o dificultara el desempeño de las labores en condiciones regulares al tenor de lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencias T-041 de 2014, T-106, T-351, T-405 de 2015, T-141 de 2016 y sentencia de unificación SU-049 de 2017 y de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1360-2018 proferida en el proceso

identificado con la radicación 53394 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En conclusión, se establece que como la terminación del contrato de trabajo no obedeció a la condición médica que aquejaba al demandante, el empleador no debía solicitar permiso al Ministerio para proceder a finalizar vínculo contractual, lo cual genera como consecuencia que no haya mérito para condenar a la indemnización pretendida. Prevista en la Ley 361 de 1997.

De suerte que la sentencia de primera instancia deberá ser revocada, en este punto.

Indemnización por despido

Ahora bien, la Sala procede a resolver el problema jurídico consistente en la procedencia o no de la indemnización por despido sin justa causa.

No fue objeto de controversia entre las partes la existencia del contrato laboral, que inició el 29 de agosto 2013 y finalizó el 3 de mayo de 2015.

La diferencia radica en que, a juicio del recurrente, la terminación del contrato cumplió con todos los requisitos legales para su legal terminación porque se cumplió con el preaviso al trabajador con más de 35 días antes de la finalización del contrato.

En ese orden de ideas, la Sala advierte desde ya que el recurso de apelación no está llamado a prosperar por las razones que a continuación pasan a exponerse:

Al efectuar el estudio del material probatorio se observa que i) las partes suscribieron un contrato de trabajo a término fijo de un año, cuyos extremos fueron el 29 de agosto de 2013 hasta el 29 de octubre de 2013 (f.º 2-9), ii) posteriormente, las partes suscriben a otrosí No. 01 al contrato individual de trabajo a término fijo, donde acordaron prorrogar el contrato a término fijo a partir del 30 de octubre de 2013 y hasta el 30 de diciembre de 2013 (f.º 10), finalmente, el contrato se prorroga automáticamente hasta el 3 de mayo de 2015, momento para el cual la encartada finalizó la contratación del actor.

Pues bien, al efectuar una lectura pausada al artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, se puede colegir que los contratos a término fijo

deben constar por escrito y que los mismos pueden ser a término fijo inferior a un año o a término fijo de 1 a 3 años.

En ese orden de ideas, la mencionada disposición enseña que los contratos a término fijo inferior a un año, se pueden prorrogar inicialmente hasta por tres periodos iguales o inferiores al término inicial y a partir de la cuarta prórroga, el término del contrato debe ser de un año.

Tal y como lo advirtiera la sentenciadora de instancia, y contrario a lo manifestado por la recurrente, la duración del contrato celebrado entre las partes, no fue de 62 días, porque así no está consagrado en el texto mismo del contrato, de suerte que debe entenderse que aquel lo fue por un periodo de 2 meses, convertidos esos meses en 30 días, en tanto se tuvo como fecha de inicio de labores el 29 de agosto de 2013 y de finalización el 29 de octubre de ese año, al paso que en la prórroga que se hiciera se pactó igualmente del 30 de octubre hasta el 30 de diciembre de 2013.

En esa dirección si el término se contabiliza en meses corresponde revisar el artículo 118 del Código General del Proceso que a la letra dispone:

(...) Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. Si este no tiene ese día, el término vencerá el último día del respectivo mes o año. Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente. (...)

De otro lado, a idéntica situación se llegaría si se aplicara el artículo 59 del Código de Régimen Político y Municipal, ya que allí señala que *“Todos los plazos de días, meses o años, de que se haga mención legal, se entenderán que terminan a la medianoche del último día del plazo. Por año y por mes se entienden los del calendario común, (...)*

Así las cosas, se tiene que la primera prórroga acaeció entre el 30 de octubre de 2013 hasta el 30 de diciembre ese año, como las partes no se pronunciaron, el mismo se prorrogó automáticamente por perdidos iguales; la segunda prórroga ocurrió entre el 31 de diciembre de 2013 hasta el 28 de febrero de 2014 y la última de ellas, el 1 de marzo hasta el 30 de abril de 2014, y a partir del 1 de mayo de 2014 el contrato debía renovarse por el término de un año, esto es hasta el 30 de abril de 2015 y posteriormente del 1 de mayo de 2015 hasta el 30 de abril de 2016, de suerte que si la vinculación laboral finalizó el 3 de mayo de 2015, es dado concluir, que el empleador consintió la continuidad de la prestación del servicio de la

SAL

demandante, dejando sin efectos el preaviso que había sido remitido con antelación, configurándose una terminación anticipada del contrato. (f.º 19)

Bajo ese escenario, la Sala colige la sentencia de primera instancia se encuentra ajustada, por lo que se confirmará en este aspecto.

Indemnización moratoria

La sanción moratoria es aplicable al empleador cuando concluye un vínculo laboral y omite cancelarle al trabajador los salarios o prestaciones sociales a que tiene derecho, la cual no es de aplicación automática.

El juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada.

La Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia SL-4076-2017 (49721), Mar. 15/17, que se constituye en precedente jurisprudencial ha señalado que para imponer la sanción moratoria en cada caso se debe estudiar de manera particular la conducta del empleador para determinar si existió una actuación carente de buena fe, lo que ha sido reiterado en muchas sentencias.

En el presente caso se estableció que el contrato finalizó el 3 de mayo de 2015 y según se refirió por la sentenciadora de instancia, la convocada procedió a cancelar las sumas adeudadas al demandante en el mes de octubre de 2017.

Si bien, no se desconoce que BLASTINAVAL COLOMBIA fue admitida a proceso de reorganización mediante auto del 18 de agosto de 2015, proferido por la Superintendencia de Sociedades (f.º 307-312), esto no era óbice para que pagara la suma adeudada porque dicha situación ocurrió en fecha posterior a la de finalización del vínculo laboral que unió a las partes, de forma que no existiendo en nuestro ordenamiento laboral plazo diferente a la fecha de finalización del vínculo para el pago de la liquidación de los trabajadores, ni causa que justifique el retardo a partir de ese momento, la sociedad demandada se encuentra en mora con el gestor del proceso, y por ende hay lugar a condenar al pago de la indemnización del artículo 65 del CST.

Lo anterior, en concordancia con el principio de la ajenidad de los riesgos, consagrado en el artículo 28 del CST, que consiste en que los empleados no pueden ni deben asumir los riesgos ni las pérdidas de la empresa, porque

omitir o suspender el pago de salarios y prestaciones por dicha causa equivaldría en la práctica a trasladar el riesgo a los trabajadores.

Por lo anterior, sale avante el argumento esgrimido por la apoderada de la demandante, no obstante, se precisa que dicha condena se impondrá hasta la fecha en que se admitió a la convocada en reorganización.

Así las cosas, y de acuerdo con el artículo 65 del CST modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 hay lugar a la condena la cual se liquidará teniendo en cuenta el último salario diario que asciende a la suma de \$48.697, en razón a que conforme a la liquidación de prestaciones y certificación que corren a los folios 20 y 16, el salario del actor al momento de su finalización equivalía a \$1.460.910. Ello, teniendo en cuenta que el actor presentó la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del nexo contractual.

En esa medida la convocada a juicio se condenada al pago de \$5.113.185 por concepto de indemnización moratoria, por el periodo comprendido entre el 3 de mayo de 2015 hasta el 18 de agosto de dicha anualidad, debiéndose revocar la sentencia en este punto.

De la sucursal extranjera

Revisado el certificado de Cámara y Comercio de folios 132 a 134 se determina que Blastinaval Colombia es una sucursal de la sociedad Blastinaval de México S.A., domiciliada Estados Unidos Mexicanos.

Conforme al artículo 263 del Código de Comercio, las sucursales son establecimientos de comercio que desarrollan los negocios sociales de las sociedades, esto significa que no son entes autónomos ni tienen vida jurídica propia, pues, como establecimientos de comercio que son, le pertenecen a la sociedad de la que es parte.

A su turno, el artículo 471 *ibídem*, señala que para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en el país, deberá establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional; para lo cual debe, además de protocolizar en notaría, copias auténticas del documento de su fundación, sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia, así como aquellos que acrediten la existencia de dicha sociedad, y la personería de sus representantes, obtener permiso para funcionar por parte de la Superintendencia de Sociedades.

Finalmente, el artículo 485 del mismo compendio preceptúa (...) «La sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de la celebración de cada negocio, y las personas cuyos nombres figuren inscritos en la misma cámara como representantes de la sociedad tendrán dicho carácter para todos los efectos legales, mientras no se inscriba debidamente una nueva designación. (...)» y el artículo 486 consagra que la existencia de las sociedades domiciliadas en el exterior se prueba mediante el certificado de la cámara de comercio.

De lo anterior, se concluye que la sucursal de una sociedad extranjera es la que permite y materializa la posibilidad de que la empresa jurídica, también extranjera, desarrolle sus negocios en el país, esto significa que no son entes autónomos ni tienen vida jurídica propia, sino que son establecimientos de comercio con mandatarios que representan a aquellas empresas en Colombia.

También conviene traer a colación el artículo 27 del Código Procesal del Trabajo que enseña: «La demanda se dirigirá contra el empleador, o contra su representante cuando éste tenga la facultad para comparecer en proceso en nombre de aquél».

De manera que al revisarse la demanda se constata que las pretensiones se contrajeron a señalar que el actor fue contratado por BLASTINAVAL DE MEXICO COLOMBIA S.A., a través de la sucursal BLASTINAVAL COLOMBIA, el acto de notificación se surtió con el apoderado judicial designado por el mandatario de la sociedad matriz conforme se aprecia a los folios 447 a 458, de suerte que se acredita el presupuesto procesal de capacidad para ser parte y el recurso no está llamado a prosperar.

De la solidaridad

Señala el recurrente que Ecopetrol debe ser condenada al evidenciarse que el actor transportaba personal de Ecopetrol, quien a su vez exigía al empleador reportes mensuales, y pagos de pólizas y garantías.

Bajo ese panorama, tenemos que la figura de la solidaridad se encuentra consagrada en el artículo 34 del CST, respecto de los contratistas independientes y el dueño de la obra, por lo que se requiere para que exista esta que la actividad contratada no sea extraña a las labores del contratante, no solo visto desde el nivel de los objetos sociales sino también teniendo en cuenta la labor que se desempeña.

Igualmente, para su determinación se puede tener en cuenta la actividad específica desarrollada por el trabajador y no sólo el objeto social del contratista y el beneficiario de la obra. Acerca de este punto, la Sala de Casación Laboral ya se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, como en la CSJ SL13686-2017 rememorando la, CSJ SL 33082, 2 jun. 2009 y CSJ SL 35864, 1 mar. 2010, que dice:

[...]Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que, de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra no constituya laborales extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que sí, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado

Verificados los elementos de prueba se observa lo siguiente:

A folio 199-214, reposa contrato MA-0018020, "PARA MONTAJE Y CONSTRUCCION DE FACILIADES DE SUPERFICIE PARA PROYECTOS DE PRODUCCION Y EXPLORACION EN LA GEV Y CAMPOS MENORES ASOCIADOS A ESTA GERENCIA", suscrito entre Ecopetrol y la demandada.

También obra a folio 556-564, orden de trabajo No 4044621 en desarrollo del contrato marco No MA-0018020, cuyo objeto se circunscribió a lo siguiente: "OBRAS CIVILES PRELIMINARES PARA LA AMPLIACIÓN DE LA TERMOELECTRICA DE SURIA DENTRO DEL PROYECTO PLAN INTEGRAL DE ENERGÍA ELÉCTRICA P.I.E.E. DE LA GERENCIA CENTRAL DE ECOPETROL"

Igualmente, se aprecia a folio 3 a 9, el contrato de trabajo del demandante fue contratado por la demandada para ejercer el cargo de conductor en el marco de la OT No. 4044621.

En ese contexto, procede la Sala a revisar el certificado de existencia y representación de Ecopetrol que corre a folios 402-409 el que tiene por objeto: "la exploración, explotación refinación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de hidrocarburos"; al paso que la convocada a juicio tiene por objeto social "la preparación de superficies metálicas y no

543

metálicas mediante métodos abrasivos (...), producción, fabricación, distribución, suministro, aplicación, instalación mantenimiento, compra, venta, importación, exportación y/o cualquier forma de comercialización de todo tipo de materiales para la industria de la construcción de obras (...), compraventa, distribución, importación y exportación y/o cualquier forma de comercialización de todo tipo de materiales eléctricos, plomería y acabados de construcción para casas, edificios y en general todo tipo de bienes inmuebles entre otros. (...) (f.º 132-135), objeto que se acompaña con el plasmado en la orden de trabajo No 4044621.

De lo anterior, se colige que el objeto social de Ecopetrol se circunscribe a la exploración, explotación refinación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de hidrocarburos, lo que de manera alguna puede equiparse con una prestación servicios de conductor o transporte de personas, como era la actividad que realizaba el demandante, sumado a que las actividades desarrolladas por el empleador demandado tampoco pertenecen al giro normal de las actividades de Ecopetrol.

En ese orden de ideas, si el objeto social del Ecopetrol no está relacionado con el giro o la actividad del contratista y tampoco surge alguna afinidad entre ellas, la solidaridad que prevé el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo no puede predicarse en el caso de autos, porque a juicio de la Sala la labor desempeñada por el actor de manera alguna beneficiaba al contratista, porque según se deduce del libelo genitor el servicio de conducción se prestó a favor de BLASTINAVAL DE MEXICO COLOMBIA S.A., a través de la sucursal BLASTINAVAL COLOMBIA, sumado a que, en gracia de discusión, no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente cubra alguna necesidad propia del beneficiario, pues se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él y directamente vinculada con la explotación de su objeto.

Bajo las anteriores consideraciones se debe despachar desfavorablemente el recurso de apelación que sobre este aspecto se presentara.

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 de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 29 de julio de 2020 por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, pro las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a **BLASTINAVAL**

DE MEXICO COLOMBIAS.A., a través de la sucursal **BLASTINAVAL COLOMBIA** de dicha declaratoria.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida el 29 de julio de 2020 por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a **BLASTINAVAL DE MEXICO COLOMBIA S.A.**, a través de la sucursal **BLASTINAVAL COLOMBIA**, de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por las razones expuestas. En lo demás se **CONFIRMA** este numeral.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **CUARTO** de la sentencia proferida el 29 de julio de 2020 por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **CONDENAR** a **BLASTINAVAL DE MEXICO COLOMBIAS.A.**, a través de la sucursal **BLASTINAVAL COLOMBIA**, a pagar al demandante la suma de **\$5.113.185** por concepto de indemnización moratoria por las razones expuestas. En lo demás se **CONFIRMA** este numeral.

CUARTO CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

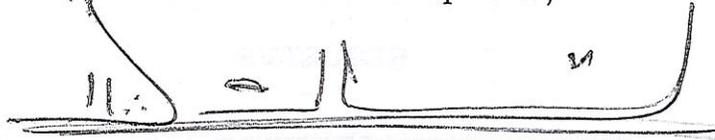
QUINTO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

(Con salvamento de voto parcial)


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



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

TSB-SALA LABORAL
54880 30OCT*20 PM 3:20

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: FREIDER JOSÉ CASTILLO CASTILLO

DEMANDADO: AERO ESTRUCTURAS DE COLOMBIA S.A.

RADICADO: 11001 31 05 017 2016 00614 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2020 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 16 de marzo de 1998 hasta el 4 de diciembre de 2014 y que consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago del ajuste del auxilio de cesantía de los años 2011 por valor de \$2'571.875, 2012 por valor de \$2'112.500, 2013 y 2014 cada uno por valor de \$3'979.167; al ajuste de los intereses del auxilio de cesantía de los años 2011 por valor de \$308.625, 2012 por valor de \$253.500, 2013 y 2014 cada uno por valor de \$477.500; a la sanción moratoria por el no pago del auxilio de cesantía del 2011 por valor de \$262'882.813; del 2012 por valor de \$187'118.150, del 2013 por valor de \$200'302.083 y del año 2014 por valor de \$128'552.083; al pago de la sanción moratoria por el no pago de los intereses sobre el auxilio de cesantía

del 2011 \$617.250; del 2012 por valor de \$507.000; 2013 y 2014 cada uno por valor de \$955.000; al pago del ajuste de las vacaciones del 16 de marzo de 2011 al 15 de marzo de 2012 por valor de \$1'828.750; del 16 de marzo de 2012 al 15 de marzo de 2013 por valor de \$1'989.583; del 16 de marzo del 2013 al 15 de marzo de 2014 por valor de \$1'989.583; del 16 de febrero de 2014 al 4 de diciembre de 2014 por valor de \$1'391.667; al pago de la prima de servicios del 5 de enero de 2011 al 30 de junio de 2011 por valor de \$1'285.938; del 1º. de julio de 2011 al 31 de diciembre de 2011 por valor de \$1'285.938; del 1º. de enero de 2012 al 30 de junio de 2012 por valor de \$1'056.250; del 1º. de julio de 2012 al 31 de diciembre de 2012 por valor de \$1'056.250; del 1º. de enero de 2013 al 30 de junio de 2013 por valor de \$1'989.583; del 1º. de julio de 2013 al 31 de diciembre de 2013 por valor de \$1'989.583; del 1º. de enero de 2014 al 30 de junio de 2014 por valor de \$1'989.583; del 1º. de julio de 2014 al 4 de diciembre de 2014 por valor de \$1'989.583; al pago de los aportes al Sistema General de Pensiones y aportes a la Caja de Compensación familiar en el período comprendido entre el 16 de septiembre de 2005 y el 5 de enero de 2011; al pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, por el periodo del 16 de marzo de 1996 al 31 de octubre de 2015 por un valor de \$ 72'746.528; a lo ultra y extra petita y a las costas del proceso.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: El 16 de marzo de 1998, empezó a trabajar para la demandada mediante un contrato a término indefinido para ejercer la función de Técnico de Aviones, desarrollando su actividad de manera personal e indelegable, recibiendo órdenes, instrucciones y cumpliendo un horario de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., de lunes a sábado y los domingos habitualmente, recibía su pago en la cuenta de Bancolombia; laboró sin interrupción hasta el 4 de diciembre de 2014; recibió por parte de su empleador la notificación de terminación del contrato de trabajo el 4 de diciembre de 2014; entre las partes se fijó como salario mensual para 2011 el equivalente a \$3'500.000, el cual se mantuvo fijo hasta finalizar la relación laboral; entre las partes se fijó el reconocimiento y pago de recargos nocturnos y horas extras a partir del 1º de junio de 2015; no le cancelaron el valor correspondiente de acuerdo con la base de liquidación establecida en la Ley 50 de 1990 el auxilio de cesantía, intereses de las cesantías, vacaciones, prima de servicios; no realizó los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en Salud y Pensiones como tampoco los aportes parafiscales. (fls. 2-16)

Frente a esas pretensiones, **AEROESTRUCTURAS DE COLOMBIA S.A.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones por no tener fundamentos legales y fácticos que sustenten la existencia de derecho alguno, teniendo en cuenta que en el presente asunto no se logró demostrar la existencia de

relación laboral en los años 2011 y 2014 entre el demandante y la entidad, y en ese sentido no existe el derecho al pago de las prestaciones que reclama el demandante. Presentó como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación. (74-79).

OTRAS ACTUACIONES

El 27 de febrero de 2018, se dispuso el emplazamiento del representante legal de la demandada y la designación de un curador ad-litem, para que actuara en su representación. (Fls. 66-67). Mediante escrito del 11 de abril de 2019, la parte demandada solicitó revocatoria del Auto por violación al debido proceso y legítima defensa de la parte. Mediante providencia del 27 de junio de 2019, el juzgado negó la nulidad propuesta por el apoderado de la encartada decisión que fue confirmada en segunda instancia. (Fls. 94-98 y 105 a106)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 9 de septiembre de 2020, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la Curadora Ad-Litem de la demandada, en relación con las acreencias causadas antes del 13 de noviembre de 2013, a excepción del auxilio de cesantía; que entre las partes existió una relación laboral regida por dos contratos de trabajo así: entre el 16 de marzo de 1998 y el 30 de junio de 2010, y del 5 de enero de 2011 al 4 de diciembre de 2014; condenó a la demandada a pagar los aportes a pensión causados entre el 16 de septiembre de 2005 y el 5 de enero de 2011, previo cálculo actuarial que expida la administradora de fondos pensionales al cual se encuentre afiliado el demandante; a pagar a título de saldo de la indemnización por terminación injusta del contrato, la suma de \$466.665; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante; condenó en costas a la demandada en un porcentaje del 30% e incluso agencias en derecho a su cargo por valor de \$800.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente presentó recurso de apelación la parte demandante argumentado que a las partes las unió una única relación laboral desde 16 de marzo de 1998 y hasta el 4 de diciembre de 2014, en consecuencia, debe realizarse la indemnización por despido sin justa causa, igualmente, manifestó que el pago de las cesantías debe realizarse conforme al salario devengado por el actor que fue de \$3.500.000 y que se debe condenar al pago de trabajo suplementario conforme a las pruebas allegadas al expediente.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el presente caso se configura una única relación la laboral, y, como consecuencia de ello, se debe condenar al pago de la indemnización del contrato a término indefinido desde la fecha inicial de la relación laboral.

Determinar si se debe imponer condena por trabajo suplementario.

Verificar el valor del salario con el que se deben pagar las cesantías de los años 2012, 2013 y 2014.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 17, liquidación de prestaciones sociales.
- A folio 22, formulario único de afiliación e inscripción al ISS, 15 de febrero del 2000.
- A folio 23, referencia laboral, 17 de agosto de 2016.
- A folios 24-25, certificado laboral.
- A folio 26, notificación no renovación del contrato, 4 de diciembre de 2014.
- A folios 27-33, contratos de honorarios.
- A folios 34-40, listado continuado de fichajes.
- A folios 41-44, 110, 111, 113-148, pagos de nómina.
- A folio 112, liquidación de prestaciones sociales.

Caso Concreto

En el presente caso se observa que la recurrente pretende que se declare la existencia de una única relación laboral con el objeto de obtener el pago la indemnización por terminación del contrato a término indefinido, igualmente, solicitó tener en cuenta el salario de \$3.5000.000 para el pago de las cesantías para los años 2012, 2013 y 2014 y los recargos nocturnos.

De conformidad el artículo 46 y 47 del Código Sustantivo del Trabajo:

“Artículo 46 El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.

1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no

prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente...”

Artículo 47. 1o) El contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será contrato a término indefinido.

2o) El contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen, y la materia del trabajo...”

De acuerdo con lo anterior, se observa que en el caudal probatorio están las certificaciones expedidas por la demandada en donde se evidencia, i) que el demandante tuvo 2 relaciones laborales la primera, desde el 26 de marzo de 1998 hasta el 30 de junio de 2005 y la segunda, desde el 5 de enero de 2011 hasta el 4 de diciembre de 2014, (fol. 24) ii) otra en la que se indica que el actor prestó servicios como técnico desde septiembre de 2005 hasta julio de 2010 (fol. 25).

Luego se encuentra la carta de terminación laboral del contrato, mediante la cual la demandada le indica al demandante su intención de no renovar la relación laboral celebrada el 5 de enero de 2011 (fol. 26), el apoderado de la demanda allegó al plenario reporte de pagos de nómina de los años 2011, 2012 y 2013 al igual que la liquidación final en donde señala que misma se realiza por el periodo de 2011 al 2014.

Adicionalmente, se recibió el testimonio del señor Rosendo Lozada quien indicó haber sido compañero de trabajo del demandante, que en primer lugar ostentaban el mismo cargo de técnico de estructuras, pero posteriormente el actor fue ascendido a supervisor, que éste estuvo desvinculado un tiempo de la empresa y luego volvió, pero no recordó las fechas exactas de esta interrupción; que en ocasiones se trabajaba los fines de semana y la empresa reconocía un porcentaje por este trabajo.

Los anteriores elementos de prueba permiten colegir como lo indicó el A quo, que la vinculación contractual laboral entre las partes, lo fue mediante dos contratos de trabajo, el primero del 16 de marzo de 1998 al 30 de junio de 2010 y el segundo del 5 de enero de 2011 al 4 de diciembre de 2014, en la

medida en que el actor se desvinculó de la empresa demandada por el periodo comprendido entre julio y diciembre de 2010, no lográndose así demostrar la existencia de una única relación laboral.

Nótese que lo anterior se corrobora con el testimonio en el que se indica la existencia de un periodo en el que el demandante no laboró con la demandada, aunado que el actor no se desplegó actividad probatoria tendiente a demostrar que no se presentó solución de continuidad en la prestación del servicio durante el periodo ya indicado. El testimonio en mención es claro en indicar que el actor suspendió un tiempo la prestación de su servicio y como sustento de esta afirmación se encuentran las documentales ya reseñadas, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia, lo cual da lugar a que se niegue la pretensión sobre la indemnización.

HORAS EXTRAS, DOMINICALES Y FESTIVOS

La jurisprudencia pacífica y reiterada ha adocinado que cuando lo pretendido es el reconocimiento y pago de tiempo suplementario, los medios de prueba sobre los que se apoye la decisión deben ser definitivos, claros y precisos, pues, al operador judicial no le es dable hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para deducir un número probable de horas extras trabajadas o laboradas.

Si bien el demandante presentó lista de fichaje, es de anotar que esta no permite señalar si hubo trabajo suplementario y aunque el testigo indicó que en ocasiones se trabajaba los fines de semanas, tampoco esto se constituye en prueba suficiente para saber el tiempo preciso en el que se prestó el servicio adicional, aunado a que el testigo indicó que la encartada pagaba un porcentaje adicional cuando se realizaban dichas actividades, por lo cual se confirmará la decisión de primera instancia.

CESANTÍAS

El argumento del recurso de alzada se centra en indicar que el A quo no podría proferir condena de cesantías por el salario de \$2.000.000, ya que para los años 2012, 2013 y 2014, el salario correspondía a \$3.500.000, de acuerdo con la documental que milita a folios 41-44, 110, 111, 113-148, referente a pagos de nómina, se evidencia que el salario indicado por la parte actora no corresponde al que devengada el actor, ya que sumados los desprendibles de nómina no arroja la suma de \$3.500.000 y no se encuentra en el expediente documento adicional en donde se indique el valor del salario, por lo cual se tendrá por cierto el indicado en estos desprendibles

de nómina que no fueron objeto de reproche por parte del recurrente al momento en que se incorporaron de oficio en el litigio.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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 de Colombia y por autoridad de la ley:

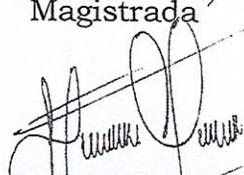
RESUELVE

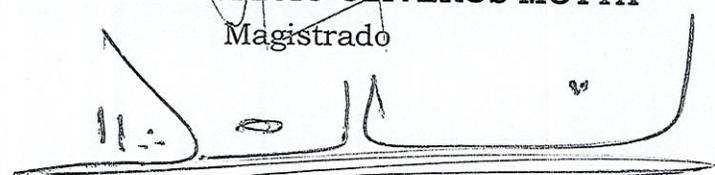
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de septiembre de 2020 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

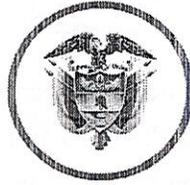
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



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

54796 TSD-SALA LABORAL
3000728 P-1000000

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

DEMANDADO: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 31 05 017 2019 00680 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado los apoderados de **PORVENIR y COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2020 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES

ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende de *manera principal* que se declare nulo o sin efectos, el traslado realizado al régimen de ahorro individual efectuado el 11 de septiembre de 2000, por haber faltado la sociedad Horizonte S.A. hoy Porvenir a la obligación de información oportuna, clara y suficiente; que se declare que nunca estuvo afiliado válidamente al régimen de ahorro individual y por ello sigue afiliado al régimen de prima media con prestación definida, para que, como consecuencia de ello, se ordene a Colpensiones a tenerlo como afiliado para fines de pensiones sin interrupción desde abril de 1981; a Porvenir S.A. a trasladar con destino a Colpensiones el 100% del valor de los aportes pensionales que se hallan en la cuenta individual, junto con los rendimientos financieros, intereses y todo incremento que hayan

recibido durante el tiempo que administraron la pensión, descontando los costos de administración, se traslade el valor del bono pensional, lo ultra y extra petita y las agencias en derecho y las costas judiciales.

De manera *subsidiaria*, se declare que se encuentra en situación de multiafiliación y por consiguiente pertenece al régimen de prima media con prestación definida; se declare sin validez su traslado, para que, como consecuencia de ello, se ordene a Colpensiones tenerlo como vinculado al Régimen administrado por aquella, se ordene a Porvenir trasladar el valor total de los aportes pensionales existentes en la cuenta individual, junto con los rendimientos, intereses, demás incrementos al igual que el bono pensional, a lo ultra y extra petita y las agencias en derecho y las costas judiciales. (f.º 3-5)

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el traslado del demandante se realizó con plena voluntad del cotizante y, en consecuencia, no es procedente la nulidad pretendida, sumado a que dicha voluntad fue ratificada con el diligenciamiento del formulario y la permanencia en dicho régimen por más de 20 años.

Presentó como excepciones de mérito, las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica. (f.º 91-109)

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones con sustento en que el demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional, adicionalmente, dicha AFP cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que materializó el traslado de régimen pensional.

Formuló como excepciones de mérito: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena y buena fe. (f.º 182- 193)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de agosto de 2020, declaró; **i)** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, **ii)** que el traslado al RAIS fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; **iii)** que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media Con Prestación

14

Definida a cargo de Colpensiones, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación del actor sin solución de continuidad; **iv)** ordenó a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos e intereses en la forma dispuesta en la parte considerativa; y a Colpensiones a recibir el traslado de fondos a favor de la actora y convalidarlos en la historia laboral, para efectos de la suma de semanas a que haya lugar en ese régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir, presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos: **i)** que la AFP cumplió con el deber de información que se encontraba a su cargo, **ii)** que el demandante se trasladó de forma consciente, libre y espontánea como se corrobora con el formulario de afiliación, **iii)** que las calidades del actor le permitían tomar una decisión concienzuda respecto de su traslado de régimen pensional, **iv)** las pruebas recaudadas permite establecer que el gestor era consciente de su afiliación al RAIS.

Colpensiones, formuló recurso de apelación con sustento en las siguientes premisas: **i)** la jurisprudencia utilizada por el A-quo no se aplica al caso concreto, pues el deber de información se intensifica con la expedición de la Ley 1328 de 2009, además se deben tener en cuenta las condiciones particulares del demandante, **ii)** el formulario de afiliación es muestra de la voluntad del afiliado de trasladarse de régimen pensional, **iii)** el actor efectuó múltiples traslados entre AFP, **iv)** al demandante le faltaban más de 15 años para acreditar el requisito de edad, de manera que no cumple los requisitos de la Sentencia SU 062 de 2010.

ALEGACIONES

Presentó escrito de alegaciones la parte demandada PORVENIR y COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES presentó poder de sustitución, en consecuencia, se le reconoce personería para actuar a la dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, identificada con la cédula de ciudadanía n.º 31.486.436 y tarjeta profesional n.º 303924.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto, hay lugar o no a declarar la ineficacia y/o nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 47-49, formato 1 y 3.
- A folio 50, 307-308 formulario de vinculación a la AFP Horizonte.
- A folio 54 y 309, cédula de ciudadanía.
- A folio 62 y 313, formulario de traslado a la AFP Porvenir.
- A folio 77-84, historia laboral consolidada en Porvenir.
- A folio 95-105 y 172-180, historia laboral en Colpensiones.
- A folio 257, registro SIAFP.
- A folio 314, comunicación remitida por el demandante a su empleador.
- A folio 317-318, misiva calendada en octubre de 2002 y febrero de 2004, por medio de la cual el actor solicita a Porvenir la recuperación de los aportes realizados por error al I.S.S. y la corrección de su nombre y actualización de historia laboral.
- A folio 319-322, solicitud de retiro del fondo de pensiones voluntarias.
- A folios 335- 337, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte al demandante.

Caso Concreto

La sentencia de primera instancia, es cuestionada por los recurrentes en razón a que consideran que la AFP cumplió con el deber de información que se encontraba a su cargo; además, el demandante se trasladó de forma consciente, libre y espontánea como se corrobora con el formulario de afiliación, sumado a que las calidades personales del actor le permitieron tomar una decisión concienzuda respecto de su traslado de régimen pensional, finalmente, señalan que la jurisprudencia utilizada por el A-quo no se aplica al caso concreto, pues el deber de información se intensifica con la expedición de la Ley 1328 de 2009, aunado a que al gestor le faltaban al momento de la vinculación más de 15 años para acreditar el requisito de edad para causar la pensión.

Por otra parte, se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta en virtud del artículo 69 del C.P.T.S.S., a favor de la demandada COLPENSIONES.

5

Descendiendo al caso de autos, como primera medida, importa precisar, que no fue objeto de reproche, la decisión adoptada por el sentenciador de instancia, en cuanto absolvió a las demandadas de las pretensiones subsidiarias que se relacionaban con una posible múltiple afiliación, para finalmente concluir, que el actor se encontraba afiliado al régimen de ahorro individual, de manera que, ninguna consideración adicional efectuará la Sala al respecto, y aun en gracia de discusión, se llegaría a la misma conclusión del juez de primera instancia.

En otro giro, y para resolver la alzada, se revisa el material probatorio encontrando lo siguiente: **i)** el demandante a la edad de 43 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual (f.º 50), cuando había cotizado al sistema aproximadamente 770 semanas (Colpensiones-Cajanal), y **ii)** que no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen ya que no contaba con 55 años de edad al 1.º de abril de 1994, ni se acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Del interrogatorio rendido por el demandante, se logra extraer que la vinculación al RAIS la realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, después de recibir información de manera individual y colectiva sobre el régimen por parte de los asesores, lo cual permite inferir que el acto del traslado al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió, y cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación de la selección del régimen, sin que se acredite alguna causal para que el otrora Horizonte negara la solicitud de traslado ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5.º del Decreto 692 de 1994, a estas entidades les está vedado rechazar una vinculación cuando la persona cumple los requisitos para tal fin.

También, se logra establecer que el señor demandante realizó traslado entre distintas administradoras de fondos de pensiones, con lo cual se infiere su deseo de permanencia en el Régimen de Ahorro Individual.

En la demanda y en sus fundamentos, se peticiona la nulidad del acto de traslado al considerar insuficiente la información suministrada por el fondo, lo cual generó un error de hecho, tipificando de esta manera un vicio del consentimiento, de esa aseveración, se puede deducir que no se está negando la asesoría, sumado a que si bien el demandante fue evasivo y renuente al momento de atender la diligencia de interrogatorio de parte, de su exposición se logra extraer que el fondo además de brindar una asesoría grupal, le ofreció una individual, aunado a que no se puede pasar por alto

que el mismo actor precisó que los beneficios de dicho traslado fundamentalmente se contraían a que “podría uno obtener una pensión con un tiempo menor”, debiéndose resaltar que esta prerrogativa no la establece el Régimen de Prima Media, dado que para adquirir el derecho a la pensión en este, se debía cumplir los requisitos de edad y semanas cotizadas.

Esta Sala tampoco puede pasar por alto la prueba documental adosada a las diligencias, con la que se controvierte las aseveraciones esgrimidas por el demandante en su interrogatorio de parte, nótese, por ejemplo, que a folio 314, reposa misiva suscrita por el demandante el 14 de enero de 2002, por medio de la cual informa a su empleador **-Corte Constitucional-** que se encuentra afiliado al fondo de pensiones B.B.V.A. Horizonte, y que ha tomado la decisión de trasladarse a la A.F.P. Porvenir, lo que permite establecer, no solo, conocimiento frente a su afiliación al Régimen de Ahorro Individual, sino su deseo de permanecer en él, o como a folio 319 a 322, que reposa la solicitud de retiro al fondo de pensiones voluntarias, ventaja a la que solo es posible acceder en el Régimen de Ahorro Individual.

Respecto de los vicios del consentimiento, tenemos que las causales se encuentran consagradas en el artículo 1508 del Código Civil, y en el recurso se señala en que las mismas no se acreditan en el caso de autos.

Sobre el particular, se observa que el demandante indica la falta de información como supuesto de nulidad del negocio por ausencia de uno de sus elementos, en este caso la afectación a la manifestación de la voluntad.

Según la definición doctrinal el error que se refiere “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”¹, se constituye en un error de derecho, y respecto de dicha clase de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no se configura un vicio en el consentimiento de quien lo presta.

Y se indica, que sería la existencia de un error de derecho porque el demandante señala que no se le entregó la información, que se encuentra en su totalidad consagrada en las normas legales.

Válido es recordar que al encontrarse todos los aspectos regulados por las normas legales y reglamentarias, se aplica el principio de que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, y por ello, esa falta de conocimiento

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, cómo se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación n.º 68852, más aun, cuando el demandante **-como se alega en los recursos de apelación-** estaba lejos de ser un "afiliado lego", por sus calidades profesionales.

Es de anotar, que artículo 9.º del Código Civil, ha sido aplicada por la misma Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16, por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política, que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

En ese orden de ideas, y sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, se descarta la existencia de un error de derecho, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación n.º 68852.

Ahora bien, si lo que se quiere es tipificar un vicio del consentimiento por error de hecho, respecto de este se debe señalar que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió, el cual tampoco se demuestra en el presente caso, porque es el demandante en los hechos de la demanda y en el interrogatorio de parte, quien dio cuenta que se trasladó de régimen, lo reiteró al empleador, y efectivamente eso fue lo que acaeció.

Además, no se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado de régimen pensional.

Respecto del argumento relacionado con que no se cumplen los presupuestos de la sentencia SU 062 de 2010 para el traslado, es de anotar que esta sentencia se refiere a los requisitos para el retorno al régimen de prima media en cualquier tiempo, sin que se afecte por la limitación contemplada en el artículo 2.º de la Ley 797 de 2003.

Efectivamente, el promotor no cumple con los presupuestos señalados en esa sentencia, aunado a que es la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional la que ha señalado que el traslado entre regímenes no opera en cualquier tiempo porque se afecta principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En la sentencia C-1024 de 2004, cuando analizó la exequibilidad del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, expuso la Corte, lo siguiente:

“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...” y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional...”

En la Sentencia C-401/16, consideró:

“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”.

Y en la sentencia C-083/19, señaló que:

“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera, que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige, al igual que la entidad demandada, que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional, no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1.º de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

La anterior razón, sería suficiente para revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que la razón de la demanda es el posible monto menor del valor de la pensión que correspondería en el régimen de Ahorro Individual, pero no un vicio del consentimiento ni una causal de ineficacia en sentido estricto.

Cabe señalar, que el monto de la posible mesada pensional, en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera, que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 2000, porque no era un requisito exigido por la ley.

Ahora, respecto de la causal de ineficacia consagrada expresamente en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción (multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

97

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, se reitera la aplicación de esas normas por las conductas en ella descritas escapan a la órbita de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Respecto de la causal de ineficacia en sentido estricto que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada al demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado, (sentencia proferida en el radicado n.º 68838), máxime si se tiene en cuenta que en materia laboral de conformidad con el artículo 16 del C.S.T. las normas no tienen efecto retroactivo, que en este caso en particular serían las que regían para el año 2000, anualidad para la cual no existían obligaciones como las que se generaron a partir de la expedición de la Ley 1328 de 2009, por lo cual se debe valorar la información suministrada sin que sea relevante que la mismas no conste en documentos escritos.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe rotular que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación n.º 68852) y en ese caso, no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Nótese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación n.º 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia, se reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que:

“... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera, que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión sobre la ineficacia en ese sentido no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

19

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017, realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco, se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque como ya se analizó en párrafos anteriores no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes desde el año 2000, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a las Administradoras en los periodos en que el demandante se vinculó a ellas.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto o restringido que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, porque se debe respetar los marcos de competencia que le han sido asignado por las razones antes expuestas.

En gracia de discusión, respecto a la causal de ineficacia en sentido estricto del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, se encuentra en el presente caso, que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que al analizar los elementos de prueba, desde el principio de la comunidad de la prueba y la conducta procesal observada de las partes, es posible colegir que el demandante contó con la información necesaria al momento de efectuar su traslado de régimen, al punto que valoró la

conveniencia de pertenecer al mismo, solicitó a su empleador las acciones correspondientes para garantizar su permanencia en el régimen de Ahorro Individual y realizó los aportes voluntarios que se permiten en dicho régimen para aumentar el monto de la pensión, y que son excluyentes del Régimen de Prima Media.

Es de anotar, que con esta decisión no se atenta contra el principio protector de las normas laborales porque como se expuso la inconformidad del demandante respecto del régimen en el que se encuentra actualmente vinculado es el posible monto de la mesada pensional, y esta circunstancia, no afecta el derecho a la pensión que es el que se garantiza por la norma aplicable que si es de carácter general, y lleva a la protección de la contingencia de la vejez, y no el monto superior al salario mínimo legal mensual vigente de la prestación, ya que este dependerá en cada caso del Régimen al que se encuentre afiliado y de los diversos aspectos que se tienen en cuenta cada uno de los regímenes los cuales se encuentran regulados de manera legal, de allí que se encontraran pensiones, aun al interior de cada administradora, en cuantías superiores o inferiores dependiendo de los factores que se revisan de manera individual y no colectivamente porque cada caso es particular (tiempo de cotizaciones, edad, salarios, aportes voluntarios, beneficiarios, etc.,).

En ese orden de ideas, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a **revocar** la sentencia de primera instancia.

COSTAS no se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

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 de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2020 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas y en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones incoadas por el señor **LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT** identificado con cédula de ciudadanía número 6.000.512.

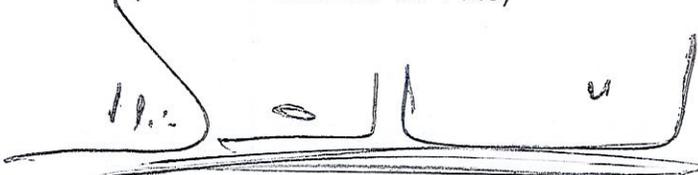
20

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLVEROS MOTTA
Magistrado
(Con salvamento de voto)


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

Proceso ordinario 11001 31 05 017 2019 00680 01 de LUIS EDUARDO MONTEALEGRE
LYNNET contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

AL SEÑOR JUEFE DE SALA DE LA CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA FEDERAL EN MATERIA DE TRABAJO Y PREVISION SOCIAL

EL SEÑOR MAGISTRADO OLYMPIO MORALES

Magistrado

En el día de hoy he sido designado para sustituir al señor magistrado

DAVID A. J. CORREA SERRA

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Luis Eduardo Montealegre Lynett

Demandado: Colpensiones y otros

Radicado: 11001 31 05 017 2019 00680 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **al accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4° decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de

modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *“expectativas legítimas”* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, frente a la inconveniencia financiera del sistema pensional esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: *“Cualquier infracción, error u omisión -en especial*

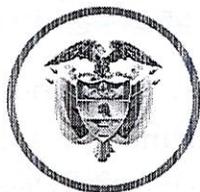
aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con las respuestas que dio el demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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

TSB-SALA LABORAL

54798 30OCT*28 PM 3:18

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ADRIANA SOLANO RAMIREZ

DEMANDADO: PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 021 2018 00005 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de julio de 2020 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende de se *declare* que la menor María José Cortes Holguín es beneficiaria de la pensión de sobreviviente causada por la muerte del padre, señor Augusto Boris Cortes Martínez, para que, como consecuencia de lo anterior, se *condene* a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes prevista en la Ley 797 de 2003 a partir del 2 de agosto de 2008, junto con el pago del retroactivo pensional, las mesadas ordinarias y adicionales, la indexación, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho. (f.º 4-6)

La juez de primera instancia negó al reconocimiento pensional al concluir que el señor Augusto Boris Cortes Martínez, no cotizó la densidad de semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a su fallecimiento.

Bajo ese panorama, la Sala procede a auscultar el material probatorio encontrando lo siguiente:

El señor Augusto Boris Cortes Martínez falleció el 3 de agosto de 2008 (f.º 17), de manera que la normativa que regula la presente controversia no son otros que los artículos 73 y 74 de la Ley 100 de 1993 que remite a los artículos 46 y 48 ibídem, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que establece quienes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

Conforme a las instrumentales que corren a los folios 52 a 58, no existe duda alguna que el afiliado para el momento de su fallecimiento se encontraba vinculado a la AFP PORVENIR, conclusión esta que tampoco fue objeto de reproche por la parte pasiva.

En igual sentido, está acreditado los lazos consanguíneos entre la menor María José Cortes Holguín y el afiliado fallecido.

De otro lado, la convocada a juicio, mediante comunicación adiada el 18 de octubre de 2011, informa a la demandante que el causante no cumplió con el requisito de 50 semanas de cotización, toda vez que cotizó un total de 48.85 semanas, sumado a que tampoco satisfizo el requisito de fidelidad.

Bajo ese contexto y revisada la historia laboral traída al proceso por la encartada (f.º 105 a 106) se establece que el afiliado, en efecto, no cotizó 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su deceso, en razón a que entre el 3 de agosto de 2008 y el 3 de agosto de 2005, se registran 48.85 semanas, de suerte que desde ya se avizora la improsperidad del recurso de apelación.

Cumple anotar que tampoco podría acudir a la jurisprudencia que da la posibilidad de aproximar las semanas para completar las 50 cuando lo que faltare sea el decimal superior a 0.5. (CSJ SL 28547, 8 abr. 2008 y CSJ SL 39196, 24 ago. 2010, reiterada en la CSJ SL2767-2015), como acertadamente lo dedujera el A-Quo.

Ahora en relación con la aplicación de la condición más beneficiosa con sustento en la Ley 100 de 1993, la jurisprudencia ha señalado unos criterios

159

para su aplicación, sin que bajo esta normatividad se cumplan con los presupuestos para su aplicación, dado que el siniestro no ocurrió entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, porque recuérdese la fecha de deceso lo fue en agosto de 2008.

Frente al argumento relacionado con la inconsistencia que se presenta en punto a que el afiliado fallecido registra como trabajador independiente, es de anotar que una de las obligaciones de los fondos de pensiones es mantener actualizadas las historias laborales de sus afiliados, por lo que acierta el recurrente en poner de presente que la AFP incumple con dicho deber, pues al revisar las documentales que militan a los folios 101 a 103, en efecto, se constata, que se registran unos periodos con posterioridad a junio de 2006 que no registran cotización, incluso se reporta un pago el 25 de agosto de 2011, sumado a que tampoco se cuenta con el formulario de vinculación que corrobore que el causante en algún momento se inscribió bajo la calidad de trabajador independiente ni con la novedad de retiro por parte del empleador Solano Martínez Héctor Fabio.

No obstante, de dichas inconsistencias no es posible concluir o constatar la configuración una mora patronal que diera paso a que la AFP activara sus procesos de cobro coactivo, y con ello, se pudieran convalidar algún tipo de semanas, en primer lugar, porque revisada esa relación histórica de movimiento, no se reporta tal novedad y en segundo término porque conforme a la certificación que corre a folio 57, es posible colegir que el causante laboró al servicio de dicho empleador hasta julio de 2006, de manera que no existiendo semanas diferentes a las reportadas en la relación de aportes (f.º 105-106), no queda más camino que confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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 de Colombia y por autoridad de la ley:

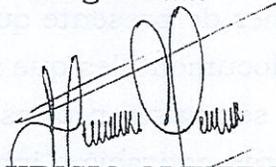
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de julio de 2020, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

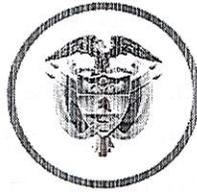
SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



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

TSB-SALA LABORAL
TSB-SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CARMEN LUCÍA ESCOBAR OSPINA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 021 2019 00477 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **COLPENSIONES**, y **PORVENIR** contra la sentencia proferida el 31 de julio de 2020 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá.

Además, surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del CPTYSS a favor de la demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad o ineficacia de la vinculación al régimen de ahorro individual con la sociedad Porvenir S.A., por carecer de validez al existir vicio en el consentimiento por error de hecho y de derecho; que la AFP no brindó buena información ni asesoría oportuna, clara y comprensible; que debe estar en Colpensiones y que esa administradora debe recibir el traslado de régimen junto con las cotizaciones y rendimientos; que Porvenir S.A., debe devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, comisiones descontadas por gestión

administrativa y por pólizas de seguros, para que como consecuencia de lo anterior, se condene a Porvenir S.A. a procesar y tramitar el traslado de régimen hacia Colpensiones; junto con el traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, comisiones descontadas por gestión administrativa y pólizas de seguros y lo ultra y extra petita. (f.º 7 y 57-58)

Frente a esas pretensiones, PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas en su contra con el argumento de que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustenten la nulidad o ineficacia de la afiliación, así mismo, se pretende imponer una carga adicional que a la fecha del traslado no le correspondía a esa AFP, ya que solo hasta la Ley 1748 de 2015 las administradoras de fondo adquirieron la obligación de asesoría e información, tampoco se aportaron medios probatorios que den cuenta de algún vicio en el consentimiento, sumado a que la afiliación de la demandante se realizó de manera libre, voluntaria y espontánea.

Presentó las siguientes excepciones de mérito: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f.º 89-119)

COLPENSIONES también se opuso a las pretensiones con sustento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que a la demandante se le hubiera hecho incurrir en error por parte de la AFP o de que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento, además de las documentales se establece que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria; igualmente, debe observarse que la actora no cumple con los requisitos contenidos en la sentencia SU 062 de 2020 para trasladarse en cualquier tiempo.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, 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 la genérica (f.º 162-181).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 31 de julio de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. y, como consecuencia de ello, declaró

como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración y de traslado contenidos en la cuenta individual de la actora; condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral; condenó en costas a Porvenir.

RECURSOS DE APELACION

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

Porvenir: i) no se presentó ni objeto ni causa ilícita, ii) no se acreditan vicios en el consentimiento, iii) la asesoría otorgada a la demandante cumplió con las normas vigentes al momento del traslado, iv) la actora no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no tiene su situación pensional consolidada, v) la gestora sí tenía conocimiento de las características del RAIS, vi) no hay lugar a la devolución de gastos de administración, vii) no hay lugar a condena en costas.

Colpensiones: i) no existen elementos de juicio que permitan establecer vicios del consentimiento, dado que la demandante suscribió el formulario de manera libre, voluntaria y sin presiones, ii) la información otorgada por la AFP cumplió con las normas vigentes al momento del traslado, iii) la decisión afecta la sostenibilidad del sistema, y por último que no se le condene en costas.

ALEGACIONES

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de las partes.

La apoderada de COLPENSIONES presentó poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar a la dra. DIANA MARCELA CUERVO ESPINOSA, identificada con la cédula de ciudadanía 1.01.335.691 y tarjeta profesional 248.744.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Si la respuesta al anterior problema jurídico es afirmativa se revisará la condena por concepto de gastos de administración y la condena en costas.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 21, cédula de ciudadanía que da cuenta que la demandante nació el 9 de noviembre de 1959.
- A folio 27-31, historia laboral consolidada en Porvenir.
- A folio 32-35, extracto del fondo de pensiones obligatorias.
- A folio 152, 40 y 149, formulario de afiliación de 2 de abril de 2003.
- A folios 43-46, simulación pensional.
- A folio 120-122, registro Siafp.
- A folio 123 y 143, certificación expedida por Porvenir.
- A folio 157-159, entrevista producto “pensión voluntaria” y perfil del inversionista.
- Expediente administrativo e historia laboral que da cuenta de un total de 753.57 semanas cotizadas por la demandante en Colpensiones.
- Interrogatorio de parte a la demandante y al representante legal.

Caso Concreto

La sentencia de primera instancia es cuestionada por los recurrentes porque no se acredita vicios del consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado de régimen de pensiones, se afecta el régimen de prima media porque se descapitaliza el fondo común, la asesoría otorgada a la demandante cumplió con las normas vigentes al momento del traslado y no hay lugar a la condena en costas.

Porvenir, también reprocha la decisión del A-quo, en punto a la devolución de los gastos de administración.

Adicionalmente, respecto de la sentencia se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta en virtud del artículo 69 del CPTYSS a favor de COLPENSIONES.

Para resolver el problema jurídico, lo primero que se acredita con las pruebas obrantes en el proceso es que la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual cuando contaba con 43 años de edad y 753.57 semanas cotizadas al sistema (expediente

administrativo); que no se encontraba incurso en alguna causal de exclusión de dicho régimen consagrada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, ni que diera lugar a un rechazo por parte del fondo de pensiones, situación que les está vedada de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del decreto 692 de 1994 cuando las personas cumplen los requisitos legales; además, suscribió la solicitud de vinculación al RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones como se colige de la exposición en el interrogatorio de parte y del formulario (f.º 149).

Aunque no se desconoce que la jurisprudencia reiterada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado, (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), tampoco se puede desconocer que esa misma jurisprudencia indica que dicho formulario acredita a lo sumo el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero si prueba el consentimiento de la demandante que en el presente caso se corrobora con el interrogatorio.

Las anteriores circunstancias probadas permiten colegir, como lo señalaron los recurrentes, que el traslado de régimen cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que además permite que la manifestación de voluntad se exponga en formatos preimpresos, documento que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la indicación de que la selección la efectuó en forma libre, espontánea, sin presiones y que fue asesorada sobre todos los aspectos e implicaciones de su traslado al RAIS, como se constata en el formulario.

Uno de los argumentos del recurso de apelación es que la nulidad del acto de traslado de régimen conlleva a que se descapitalice el Régimen de Prima Media.

Respecto de dicha aseveración, se puede constatar que la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad del término de carencia de la facultad para realizar traslado entre regímenes consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, consideró efectivamente que un traslado en fecha cercana a la de adquirir el derecho a la pensión descapitaliza el fondo común.

Lo anterior se deduce del contenido de la sentencia C-1024 de 2004 en la que se expuso *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,…”* y *“el objetivo*

perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,..."

Desde esa perspectiva se puede aseverar que efectivamente el retorno de la demandante al régimen de prima media *ad portas* de adquirir el derecho a la pensión porque nació el 9 de noviembre de 1959 contribuye a la descapitalización de dicho régimen, máxime si se tiene en cuenta que la inconformidad de la demandante con el régimen en el que actualmente se encuentra vinculada es el posible monto de la mesada pensional que le podría corresponder al momento de hacer efectivo el derecho pensional.

Según los elementos de prueba que obran en el expediente (fl. 45) se encuentra que la posible diferencia entre las mesadas pensionales de los dos regímenes asciende al valor de \$3.767.200 y según el hecho vigésimo noveno de la demanda el capital necesario para cubrir esa diferencia es la suma de \$928.128.000, cuantía adicional a la suma que reintegraría PORVENIR a COLPENSIONES y que tendría que asumir el fondo común al que han contribuido afiliados diferentes a la demandante, lo cual corrobora el argumento del recurso de apelación de que la decisión contribuye a desfinanciar el fondo común del Régimen de Prima Media.

Dicho retorno al régimen de prima media también vulnera el principio de solidaridad propio de ese régimen en la medida que ya la Corte Constitucional en diversas sentencias ha reiterado que "... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en

el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables” (Sentencia C-401/16). Es por ello, que esas diferencias hacen que el traslado entre regímenes tenga un plazo para garantizar la sostenibilidad de cada régimen.

También la Corte Constitucional en otras sentencias ha indicado, entre ellas, en la sentencia C-083/19, que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

Como conclusión de los anteriores precedentes jurisprudenciales, se tiene que por ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad

en cada uno es disímil porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores causados durante la permanencia en el régimen de ahorro individual, lo cual se deduce de la misma normatividad pensional que solo permite el regreso en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media a las personas que cotizaron 15 años o más al régimen antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

De tal manera que le asiste razón a la recurrente que dicha decisión vulnera el principio de sostenibilidad financiera propia del Régimen de Prima Media, aunado a que vulnera el principio de solidaridad ambos contemplados en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005.

En conclusión, al aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso se encuentra que efectivamente declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de solidaridad y de sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media.

También alega los apelantes que no se acredita en el presente proceso vicios del consentimiento en el acto del traslado, por lo que se deben revisar los diferentes elementos de prueba obrantes en el proceso.

En la demanda se peticiona la nulidad o ineficacia del acto de traslado por considerar que no se entregó la información suficiente y clara para dicho traslado, y la juez declaró la ineficacia de este.

En relación con el deber de información, el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral señala, primero, que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse”

(sentencia proferida en el radicado 68838), de tal manera que para el año 2003 no existía obligaciones que se generaron entre otras a partir de la expedición de la ley 1328 de 2009.

Lo segundo que se debe tener en cuenta es la inversión de la carga de la prueba quedando asignada esa responsabilidad a cargo del fondo de pensiones, frente a lo cual no se puede desconocer el principio de comunidad de la prueba de tal manera que independientemente de quien aporte la prueba al proceso todas deben ser analizadas desde el criterio de la sana crítica de conformidad con los artículos 60 y 61 del CPTYSS.

Ahora, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados, desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, tampoco se puede obviar que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y como el desconocimiento de ella no sirve de excusa, esta falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, como se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley.

Aunado a que la norma que consagra esa premisa, artículo 9 del C.C., fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C- 651 de 1997 y ha sido expuesta entre otras en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

Con las anteriores premisas tenemos que las pruebas indican que la demandante seleccionó el Régimen de Ahorro Individual de manera libre, voluntaria, espontánea e informada; primero, porque así se constata en el formulario de vinculación que si bien no es prueba de la información otorgada si se constituye en un indicio de que ocurrió una reunión entre las partes con el objeto del traslado, lo cual se prueba con la manifestación de la actora en el interrogatorio; segundo, porque de lo acontecido en la reunión se realizó una descripción de los aspectos que le fueron informados y que le permitió tomar la decisión de afiliarse a PORVENIR, tales como que la pensión se podía heredar y que además se podían realizar aportes voluntarios; tercero al revisar el documento que corre a folio 158, denominado “perfil del inversionista”, se observa que el objetivo de la demandante al momento de invertir en el fondo de pensiones voluntarios, era el de “complementar la pensión mandataria” y para ese efecto escogió la modalidad inversión 1, de donde se colige tenía conocimiento respecto de

conceptos como rendimientos, esto es, características propias del Régimen de Ahorro Individual.

De otro lado, se verifica que el formulario allegado al expediente se encuentra suscrito por la demandante, y la firma en dicho formato es una manifestación del consentimiento emitido por la ella al tenor de la jurisprudencia y de conformidad con el artículo 1502 del C.C. esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios.

En el proceso no se alega ni tampoco se acredita la existencia de los vicios por dolo o fuerza mayor, ni el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos, y frente a la existencia de un posible error es de anotar que la falta de información sobre aspectos puntuales de las normas que regulan el tema, según la definición doctrinal constituye un error de derecho que hace relación "*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*"¹, y por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Tampoco se acredita la existencia de un error de hecho porque este se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta, y en el presente caso, se observa que la demandante recibió suficiente información para tomar la decisión de trasladarse de régimen, y además suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones la solicitud de traslado de régimen en un formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso, por lo que no se encuentra una prueba que indique que la accionante fue engañada, máxime cuando es en el mismo documento donde se señala el traslado de régimen del ISS, la escogencia del fondo PORVENIR para que administre los aportes pensionales, asesoría frente bonos pensionales y requisitos para acceder a la pensión que otorga ese sistema.

En ese orden de ideas, le asiste razón a los recurrentes de que no se configura alguna causal que afecte de vicio el consentimiento en el momento del acto de traslado, sin que el monto de la pensión en el RAIS sea un factor que afecte el consentimiento otorgado al momento del traslado, porque la cuantía de la misma solo se determina en la fecha en que se causa o se hace exigible la pensión y no en el momento de la vinculación a cualquiera de los regímenes pensionales.

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

En relación con la causal de ineficacia del traslado consagrada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y que se refiere a una ineficacia en sentido estricto, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción (multa, la pérdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso), por lo que el asunto no puede ser estudiado bajo esta óptica por este Tribunal.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Nótese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que

“... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de

1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Respecto de la ineficacia, ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre ese concepto tanto en sentido amplio como estricto, indicando que en este concepto *“suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”*.

En el presente caso se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra plasmada en el formulario y

reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque como ya se analizó en párrafos anteriores no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, en la medida en que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a Porvenir durante el tiempo de permanencia de la demandante en el RAIS.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto o restringido que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas.

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia en sentido estricto del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, que se reitera deviene de la jurisprudencia, se encuentra en el presente caso que la carga de la prueba bajo la responsabilidad de los fondos fue cumplida en la medida en que es la misma demandante quien en el interrogatorio de parte confesó los términos en que le fue otorgada la asesoría, aunado a que como se expuso el análisis de este aspecto no es competencia de la jurisdicción laboral.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia y por ello, la Sala se abstiene de analizar el segundo problema jurídico planteado.

Costas, no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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 de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 31 de julio de 2020 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas y en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **CARMEN LUCÍA ESCOBAR OSPINA**, identificada con la cédula de ciudadanía 35.465.028.

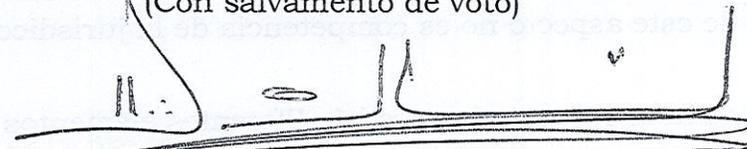
SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia y las de primera a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

(Con salvamento de voto)


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Carmen Lucía Escobar Ospina

Demandado: Colpensiones y otros

Radicado: 11001 31 05 021 2019 00477 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado a **la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4° decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de

modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *“expectativas legítimas”* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de

manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, frente a la inconveniencia financiera del sistema pensional esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la

acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: *“Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”*

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con las respuestas que dio la demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2016 00168 01
DEMANDANTE: ARACELY QUINTERO DE CARDENAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

TSB-SALA LABORAL
54786 38OCT*20 PM 3:18

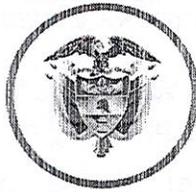
Bogotá D.C., 27 de Octubre de dos mil veinte (2.020).

AUTO

De conformidad con lo establecido en el inciso 4° del art. 140 del C.G.P., me permito poner en conocimiento de Sala, particularmente de la Ponente Dra. ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, que me encuentro impedido para conocer del proceso de la referencia, al amparo de la causal consagrada en el numeral 2 del art. 141 del C.G.P., por haber conocido del proceso en calidad de Juez Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

CÚMPLASE

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ARACELY QUINTERO DE CARDENAS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y MARIBEL PALACIOS ADRADA

RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2016 00168 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de la parte demandante y la tercera ad excludendum en contra de la sentencia proferida el 4 de junio de 2020 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que el señor Hernando Cárdenas falleció el 8 de enero de 2010, en la ciudad de Fusagasugá, quien se encontraba pensionado desde el 20 de junio de 2002; que el otrora ISS le concedió sustitución pensional a Diana Marcela Cárdenas Palacios, hija del pensionado y dejó en suspenso el 50 % restante; que convivió con su cónyuge por más de 57 años hasta la fecha del fallecimiento y dependía económicamente de aquel; que tiene derecho al 100% de la prestación reclamada, para que como consecuencia de ello, se condene a Colpensiones a pagar la pensión de sobrevivientes, junto con los dineros que están en suspenso desde el 30 de enero de 2010; los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas y agencias del proceso (fº 7-10)

Como sustento de sus pretensiones, indicó que contrajo matrimonio con el señor Hernando Cárdenas el 28 de julio de 1958, con quien mantuvo una convivencia continua hasta el 8 de enero de 2010, dependiendo económicamente de aquel, de dicha relación nacieron 5 hijos; agregó que, en la ciudad de Popayán, el pensionado tuvo una relación extramatrimonial con la señora Maribel Palacios Agradada con quien tuvo una hija llamada Diana Marcela Cárdenas Palacios, quien en la actualidad tiene 27 años; que mediante resolución n.º 028946 de 2003, el otrora ISS le reconoció una pensión de vejez a Hernando Cárdenas y a través de la resolución n.º 026550 del 2 de septiembre de 2010 dejó en suspenso el 50% de la prestación y el otro le fue adjudicado a Adriana Marcela Cárdenas Palacios; que contra esa decisión se interpuso recurso de reposición que fue desatado con la resolución n.º 008364 de 2011, dejando nuevamente en suspenso el 50%, decisión que también fue negada a través de la resolución n.º 06219 del 15 de diciembre de 2011; informó que el causante fue demandado en el proceso ejecutivo de alimentos; finalmente, señaló que Adriana Marcela dejó de percibir el 50% de la sustitución pensional el 30 de marzo de 2014. (f.º 2-7 y 2016-219)

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que en el presente litigio existen más extremos a los cuales se les debe definir si tienen o no derecho a la sustitución pensional.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, genérica. (f.º 229- 240)

MARIBEL PALACIOS ADRADA contestó la demanda con oposición al señalar que contrajo matrimonio por el rito católico con el señor Hernando Cárdenas el 5 de septiembre de 1994, con quien convivió hasta el día del fallecimiento de aquel, además es ella quien cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

No formuló excepciones (f.º 257- 264)

DEMANDA TERCERA AD EXCLUDEMDUM

MARIBEL PALACIOS ANDRADE pretende en síntesis que se declare que existió convivencia simultánea entre ella, Aracely Quintero y Hernando Cárdenas, por lo que es beneficiaria de la sustitución pensional en cuantía del 50% desde el 31 de marzo de 2013, para que, como consecuencia de ello,

se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el 25% de la pensión de sobreviviente desde el 8 de enero de 2010 hasta el 31 de marzo de 2013 y a partir del 1°. de abril de 2020, en razón de un 50%, junto con la correspondiente indexación e intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones indicando que contrajo matrimonio por el rito católico con el señor Hernando Cárdenas el 5 de septiembre de 1994, en la ciudad de Popayán; que sostuvo una relación matrimonial, afectiva, solidaria con su cónyuge, misma que se extendió hasta el momento del fallecimiento de aquel; de esa relación se procrearon 2 hijas que nacieron el 18 de agosto de 1987 y el 14 de marzo de 1989, dependía económicamente del pensionado; indicó que la partida de bautizo de Cárdenas no tenía nota marginal, por ello, desconocía que Hernando tuviera otro vínculo matrimonial; refirió que Colpensiones y luego de realizar una investigación administrativa determinó que existió una convivencia simultánea entre las cónyuges y el pensionado, tal y como se plasmó en la resolución VPB 39851 del 19 de octubre de 2016 (f.º 326-332)

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones por existir una controversia que la obliga a abstenerse de resolver derecho alguno, bajo el entendido que dicho conflicto debe ser dirimido por la jurisdicción ordinaria laboral.

Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, la genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fº 345- 359)

ARACELY QUINTERO DE CARDENAS al contestar la demanda se opuso a las pretensiones por considerar que entre Maribel Palacios Adrada y el pensionado no existió convivencia, matrimonio, menos aún unión marital de hecho durante los últimos 5 años de vida del señor Cárdenas.

Además, se debe tener en cuenta que dicho matrimonio es nulo, porque ya existía otro matrimonio católico con ella.

Formuló las siguientes excepciones de mérito: falta de los presupuestos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de la señora

Maribel Palacios Adrada, buena fe de la demandada Aracely Quintero, temeridad y mala fe del demandante Maribel Palacios Adrada. (f° 361- 377)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 4 de junio de 2020, declaró que Aracely Quintero de Cárdenas convivió de manera simultánea con el pensionado desde el 28 de julio de 1958 hasta el 8 de enero de 2010 y Maribel Palacio Adrada convivió de manera simultánea con Hernando Cárdenas desde el 5 de septiembre de 1994 hasta el 8 de enero de 2010; declaró que Aracely Quintero de Cárdenas y Maribel Palacio Adrada tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, junto con el retroactivo que se les adeuda. Sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de la parte demandante y tercera ad excludendum presentaron recurso en los siguientes términos:

Parte demandante: consideró que no existió convivencia simultánea y se debe revisar el fenómeno de la prescripción.

Ad excluyente: presentó recurso sobre el porcentaje reconocido y la aplicación del fenómeno de la prescripción

ALEGACIONES

Presentaron alegaciones los apoderados de las partes demandante y demandada, respectivamente.

El apoderado de COLPENSIONES presenta poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar al Dr. NICOLAS RAMIREZ MUÑOZ, identificado con la cédula de ciudadanía 1.018.463.893 y T.P. 302.039.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la tercera ad excludendum y demandante tienen derecho a la pensión de sobrevivientes, en virtud del grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del CPTySS, modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14 y caso afirmativo se verificará el porcentaje que les

corresponde a cada una y el tema relacionado con el fenómeno de la prescripción.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Elementos de prueba relevantes

- A folio 20, registro civil del matrimonio celebrado entre Hernando Cárdenas y Aracely Quintero.
- A folio 21, partida de matrimonio.
- A folio 22, registro civil de defunción, que da cuenta que el pensionado falleció el 8 de enero de 2010.
- A folio 24, resolución n.º 028946 del 28 de noviembre de 2003, por medio de la cual el otrora ISS le reconoció una pensión al señor Hernando Cárdenas.
- A folio 25-28, resolución n.º 026550 del 2 de septiembre de 2010, por medio de la cual se deja en suspenso el 50% de las reclamantes.
- A folio 33-36. Resolución 008364 del 11 de marzo por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición.
- A folio 29-32, resolución n.º 03251, por medio del cual se resuelve un recurso de apelación y se confirman las resoluciones n.º 021568, que modificó la n.º 026550 del 2 de septiembre de 2010, que le negó la sustitución pensional a Maribel Palacios.
- A folio 55-59, resolución GNR 49936 del 16 de febrero de 2016, a través de la cual se mantuvo en suspenso el 50% de las reclamantes.
- A folio 61-65 y 67-68, declaraciones extrajuicio de la demandante, Luis Eladio Cagua, Arnulfo Beltrán Urrea, María del Carmen Rico Godoy, Rosa Lilia Cuervo Nova, Esperanza Pabón García y gloria María Machado Vélez.
- A folio 66, citación para diligencia de notificación dentro del proceso ejecutivo que adelantó Maribel Palacios Adrada en contra del causante, solicitado en reajuste de la cuota alimentaria.
- A folio 69-207, historia clínica del pensionado.
- A folio 241-242 y 268, registro civil de matrimonio del señor Hernando Cárdenas con Maribel Palacios Adrada, celebrado en la ciudad de Popayán el 9 de septiembre de 1994.
- A folio 265 -267, partida de bautismo del pensionado y certificado de matrimonio.
- A folio 283-297, resolución VPB 39851 del 19 de octubre de 2016, por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación contra la GNR 49936 del 16 de febrero de 2016.
- A folios 298-321, registros fotográficos.

- A folio 357-380, comprobantes de nómina del causante donde se aprecia el descuento ordenado por el juzgado de familia.
- Interrogatorio a la demandante y tercera ad excludendum.
- Testimonio de Luis Cagua, Arnulfo Beltrán, Esperanza Pavón G, Luz Elena Ocaña y Martin Alfredo Fernández

Caso concreto:

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL 828-2013, Radicación 43446 y como en el caso bajo examen el pensionado falleció el 8 de enero de 2010, la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

En el presente caso no es objeto de discusión que el señor Hernando Cárdenas (q.e.p.d.) ostentó la calidad de pensionado de la entidad demandada como se constata en la Resolución n.º 028946 del 28 de noviembre de 2003 (f.º 4), tampoco se debate que el pensionado contrajo nupcias con la señora Aracely Quintero el 28 de julio de 1958 en el municipio del Libano – Tolima (f.º 20-21), para posteriormente celebrar un nuevo vínculo matrimonial con la señora Maribel Palacios Adrada, el 9 de septiembre de 1994, en la ciudad de Popayán (f.º 241-242 y 268).

Bajo ese escenario, lo primero que la Sala debe precisar es que a la señora Maribel Palacios Adrada no es posible atribuirle la condición de cónyuge, en tanto que, de las pruebas ya referidas, lo que se logra establecer es que el señor Hernando Cárdenas, no podía contraer nuevas nupcias, en razón que el matrimonio celebrado cuando existe nupcias previas de alguno o ambos contrayentes es nulo y sin efectos de conformidad con el artículo 140 del Código Civil numeral 12.

Entonces, como al segundo vínculo nupcial celebrado por el *de cuius* no es posible otorgarle ningún efecto legal, igual suerte corren los derechos pensionales reclamados por Maribel Palacios Adrada en calidad de cónyuge, por lo que la relación de la pareja se analizará como una relación de compañeros permanentes.

Se tiene entonces, que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 señala como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, al cónyuge o compañera permanente del *pensionado*, quienes deberán acreditar que estuvieron haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber

convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su óbito (sentencia CSJ SL1730-2020), no obstante, esa Corporación morigeró tal postura frente a la cónyuge en el sentido de indicar que mientras estén separados de hecho, a ésta le corresponde demostrar que hizo vida en común con el causante durante por lo menos 5 años en cualquier tiempo (sentencia 48729 del 12 de agosto de 2014).

Bajo ese panorama la controversia en un primer momento se circunscribe a determinar si la señora Maribel Palacios Adrada en calidad de compañera permanente tiene derecho al reconocimiento de la pensión, para seguidamente establecer si la demandante en su condición de cónyuge supérstite es merecedora del reconocimiento pensional deprecado.

En esa medida, tenemos que la señora Palacios Adrada en su *interrogatorio de parte* informó que su convivencia con el pensionado inició en el año 1985, que convivieron en unión libre desde esa calenda hasta 1993, posteriormente en el año 1994 contrajo nupcias con aquel, Hernando siempre negó tener vínculo matrimonial con la demandante, solo le decía que estaba separado de ella desde hacía más de 15 años, su esposo era conductor y por esa razón viajaba mucho, pero se comunicaban constantemente por teléfono y a veces lo acompañaba en los viajes, cuando viajaba a Popayán le llevaba plata, explicó que Hernando pasaba mucho tiempo en la clínica porque era diabético y muchas veces se quedaba en la casa de Aracely; explicó que la demanda de alimentos se presentó para que él pudiera pasarle dinero sin que la familia se molestara; dijo que la última vez que viajó a Fusa fue un año y medio antes de que él muriera y que entre el 2005 hasta el 2010 viajó como 10 veces, Hernando la llamaba desde la tienda, la última vez que habló con su esposo fue el 27 de diciembre, luego no le volvió a contestar el teléfono, no asistió al entierro porque nadie le informó sobre ese acontecimiento, se enteró 15 días después, explicó que compartieron lecho y techo en la ciudad de Popayán desde 1993 hasta el año 2005, porque el pensionado ya no podía viajar por su enfermedad, pero nunca perdieron contacto, además ella viajaba a Fusa, se enteró que su esposo también se había casado con la demandante posterior a su matrimonio.

Se recibió el testimonio de *Luz Elena Ocaña Granja* quien, en síntesis, señaló que la pareja se casó en 1994 y en el año 1996 se fueron a vivir a Bogotá y luego regresaron otra vez a Popayán; que el causante casi no permanecía en esa ciudad porque él viajaba mucho, sabe que Maribel estaba pendiente de la salud de su esposo, porque ella así se lo comentaba, no sabe bien cómo era la relación, pero Maribel viajaba a visitarlo, tampoco tiene claro cuánto

se demoraba, en el año 2005 no volvió a ver a Hernando, sabía que él tenía otra familia, la pareja se llevaba muy bien tenían una buena "amistad".

Al paso que *Martín Alfredo Fernández* señaló que fue vecino de la pareja, sabe que se casaron, que el pensionado viajaba mucho, que vivieron un tiempo en Bogotá y luego regresaron a Popayán, a Maribel siempre la veía, pero a Hernando, por el tema del trabajo, no mucho, finalmente, relató que desde el año 2005 no lo volvió a ver, además, no le consta nada después de esa calenda porque se fue del barrio.

Como prueba documental, se trajo el registro civil de matrimonio de la pareja y registros fotográficos.

Del análisis de la prueba documental y testimonial, bajo el criterio de la sana crítica, se puede establecer que aun cuando Maribel Palacios Adrada, pudo convivir con el causante durante varios años, es lo cierto, que no logró demostrar dicho requisito dentro de los 5 años anteriores a su deceso, así como tampoco se aprecia que los lazos familiares entre la pareja siguieran vigentes.

Nótese por ejemplo que la prueba testimonial carece de suficiente fuerza probatoria para probar la tesis de la ad excluyente, en tanto que el dicho de la señora *Luz Elena Ocaña Granja* proviene en gran medida de lo que la señora Maribel le contaba, no conoce los detalles de la convivencia de la pareja, desconoce cuánto tiempo duraban las visitas de Maribel en Fusagasugá, no volvió a saber de Hernando con posterioridad al año 2005 y lo más relevante fue cuando manifestó que la pareja se llevaba muy bien y que tenían una buena "amistad"; y la declaración del señor *Martín Alfredo Fernández* en nada contribuyó al esclarecimiento de los hechos, porque se limitó a señalar que fue vecino de la pareja, que sabía que ellos eran casados, que el pensionado viajaba mucho y que desde el año 2005 no lo volvió a ver, además, no le consta nada después de esa calenda porque se fue del barrio.

Adicional a lo ya expuesto, para la Sala causa mucha curiosidad que la señora Maribel llevara más de un año y medio sin ver a su pareja y que solamente se enterara de que su compañero falleció hasta después de 15 días del fatal suceso, cuando a lo largo del proceso se manifestó que la comunicación con su pareja era constante, lo que también genera un manto de duda sobre dicha convivencia y sobre la voluntad de permanencia de la de pareja, de estar juntos, de ayudarse mutuamente, de compartir sus vidas y conformar una familia.

De otro lado, las pruebas de los folios 298-321, tampoco permiten acreditar el requisito analizado, nótese que la mayoría son registros fotográficos que carecen de fecha de impresión y los mismos solo son indicativos de paseos o momentos sociales que compartió la pareja, pero de ellas no se puede establecer con certeza la fecha en que sucedieron las actividades, ni la convivencia porque lo que se observa de ellas son dos personas compartiendo actividades sociales.

En este punto, se precisa que, si bien no se desconoce lo plasmado en la resolución VPB 38951 de 19 de octubre de 2016, donde se señala que la tercera excluyente convivió con el causante hasta el momento de su óbito, es de anotar, que dicha conclusión está sustentada en las declaraciones de los señores Luz Elena Ocaña Granja y Martín Alfredo Fernández, a quienes esta Sala no les dio valor probatorio, por considerar que no fueron testigos presenciales de las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las que se desarrolló la convivencia de la pareja en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del pensionado, sumado a que la primera de ellas fue conteste a la hora de precisar que la pareja se llevaba muy bien y que tenían una buena "amistad".

En otro giro, cabe recordar que la pensión tiene como objeto suplir las necesidades del núcleo familiar, sin que en este caso se logre advertir como la ausencia de esa supuesta ayuda económica, hubiese afectado las condiciones socio económicas de la señora Maribel, sumado a que la demanda de alimentos que instauró en contra del pensionado no era para satisfacer las necesidades propias, sino para el sostenimiento de la hija de la pareja.

En conclusión, las pruebas no dan cuenta de la existencia de un vínculo familiar con vocación de permanencia, ni de una convivencia al momento de la muerte del pensionado, lo que conduce a concluir que la señora Maribel Palacios Agradada no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes y, en consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia, en este punto.

Decantado lo anterior y surtiendo el grado jurisdiccional de consulta, la Sala se ocupará de revisar si la señora Aracely Quintero de Cárdenas, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes.

Quedó establecido en líneas precedentes, que la ad excluyente no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, ergo, fácil resulta concluir que tampoco existió convivencia simultánea.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha explicado respecto de la convivencia singular del causante con el cónyuge que *“En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto”*

Y más adelante dijo *“(iii) es lógico pensar que si con arreglo al último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en los eventos de convivencia no simultánea, el cónyuge separado de hecho tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en forma compartida, también debe tener derecho a esa prestación ante la inexistencia de compañero (a) permanente.* (Radicación 45779 del 25 de abril 2018, -SL1399-2018)

En ese orden de ideas, la Sala revisará el material probatorio con el objetivo de resolver el problema jurídico planteado.

El registro civil de matrimonio que reposa en el expediente informa que la demandante contrajo nupcias con el causante el 28 de julio de 1958 (f.º20), sin que se haya efectuado separación de cuerpos, ni liquidación de la sociedad conyugal o se haya efectuado la cesación de los efectos matrimoniales.

También se recibió el interrogatorio de parte a la demandante quien manifestó, en síntesis, que convivió con su cónyuge por espacio de 50 años, que el pensionado era conductor, que se encontraba enfermo de diabetes; que en los últimos años no se ausentó de su casa, por su delicado estado de salud y que fue ella quien lo atendió y cuidó.

Versión que al unísono fue corroborada por los testigos Arnulfo Beltrán, Luis Cagua y Esperanza Pabón, quienes dieron cuenta de la convivencia de la pareja hasta el momento del fallecimiento de Hernando Cárdenas, testigos presenciales que a juicio de la Sala corroboran la tesis de la parte demandante, debido a su cercanía con la pareja, conclusión que también se predica de las declaraciones extra juicio que corren a los folios 61-65 y 67-68

Así las cosas y de lo relacionado en precedencia la Sala anticipa que la decisión de primera instancia deberá ser confirmada respecto de la señora Aracely Quintero de Cárdenas por las razones que pasan a exponerse:

- i) La demandante acreditó la calidad de cónyuge supérstite del señor Hernando Cárdenas al igual que la convivencia real y efectiva, por

los cinco años que alude la norma aplicable al caso, cumplidos en cualquier época, como quiera que el vínculo matrimonial de la pareja inició el 28 de julio de 1958 y no estaba extinguido para el momento de la muerte del afiliado, la que aconteció el 8 de enero de 2010.

- ii) Se demostró con las declaraciones de los testigos traídos al juicio, que la convivencia se mantuvo hasta la muerte del afiliado y que los lazos familiares continuaban vigentes, en tanto que fue la señora Aracely quien estuvo pendiente y al cuidado de su cónyuge durante toda su enfermedad, como se refleja en la historia clínica adosadas a las diligencias.

En ese orden de ideas, se considera que se acreditan los requisitos para que la demandante acceda a la pensión reclamada y por esta razón se confirmará la decisión de primera instancia.

En esa dirección, se dirá que la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en un 50% de la mesada pensional que devengada el señor Hernando Cárdenas (q.e.p.d) desde el 9 de enero de 2010 hasta el 30 de marzo de 2014, y en un 100% desde el 1º. de abril de 2014 y en adelante, por cuanto dichos interregnos no fueron recurridos por la parte demandante y porque la consulta se surte es a favor de Colpensiones.

En otro giro, respecto del fenómeno prescriptivo se acredita lo siguiente: i) el señor Cárdenas falleció el 8 de enero de 2010 (f.º 22); ii) según da cuenta la resolución 026550 del 2 de septiembre de 2010, la demandante se presentó a reclamar la pensión el 27 de enero de 2010, dicho acto administrativo resolvió dejar en suspenso el 50% de la prestación solicitada por las reclamantes (f.º 25-28), iii) contra esa decisión la promotora presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, iv) el primero de ellos se resolvió con la resolución n.º 008364 del 11 de marzo de 2011, confirmado la decisión de dejar en suspenso el reconocimiento del 50%, hasta que se adelantara la correspondiente investigación administrativa (f.º 33-36) y la apelación se desató con la resolución 032251 del 9 de julio 2011 (f.º 29-32 y en el escrito de tutela expediente administrativo GEN-ANX-CI-2014_6624424-20140814101421 f.º 3), decisión que le fue notificada el 29 de agosto de 2011; v) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca mediante providencia adiada el 2 de noviembre de 2011 declaró sin valor y efecto la resolución 03251 del 29 de junio de 2011 y ordenó al otrora ISS resolver en derecho la solicitud de la demandante (GEN-ANX-CI-2014_6624424-20140814101421 f.º 3-12), vi) según da cuenta la resolución GNR 49936 del 16 de febrero de 2016 (f.º 55-59), el otrora ISS profirió un nuevo acto administrativo -resolución 06219 del 15 de diciembre

de 2011-, a través de la cual procedió a resolver nuevamente el recurso de apelación, confirmado la resolución n.º 026550 que dejó en suspenso la sustitución de las reclamantes, decisión que le fue notificada a Aracely Cárdenas de Quintero el 16 de enero de 2012 (f.º55-59).

Teniendo en cuenta que la prescripción se interrumpe cuando la demandante presentó los recursos de reposición y de apelación, en razón a que tenía la opción a) de demandar dentro del mes siguiente a la presentación de la solicitud o b) esperar que la administración se pronunciara, recurriendo esa decisión si era posible y esperar a que los recursos fueran resueltos definitivamente, como efectivamente ocurrió, en tanto el recurso de apelación se resolvió por el otrora ISS, a través de la resolución 06219 del 15 de diciembre de 2011, notificada el 16 de enero de 2012, a partir de esta calenda empezó a contarse el término trienal de que tratan los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual venció el **16 de enero de 2015**, sin que antes de esa fecha se presentara la demanda correspondiente, pues esta situación solo vino a ocurrir el **11 de abril de 2016** (f.º213), por lo que es dado concluir que el derecho reclamado se encuentran afectado parcialmente por el fenómeno de la prescripción.

En esa dirección, y como la demanda se presentó el 11 de abril de 2016, las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **11 de abril de 2013**, se encuentran prescritas, como acertadamente lo coligiera el A-Quo.

Realizadas las operaciones del caso tenemos lo siguiente:

Año	Incremento %	Valor mesada calculada
2010	2,00%	\$ 789.164,00
2011	3,17%	\$ 814.180,00
2012	3,73%	\$ 844.549,00
2013	2,44%	\$ 865.156,00
2014	1,94%	\$ 881.940,00
2015	3,66%	\$ 914.219,00
2016	6,77%	\$ 976.112,00
2017	5,75%	\$ 1.032.238,00
2018	4,09%	\$ 1.074.456,53
2019	3,18%	\$ 1.108.624,25
2020	3,80%	\$ 1.150.751,97

Del 11 de abril de 2013(efectos prescriptivos) hasta el 30 de marzo de 2014, un 50% de la mesada:

Año 2013	\$432.578
Enero -Marzo 2014	\$440.970

Y desde el 1 de abril de 2014 y en adelante, el 100% de la mesada.

<i>Abril-diciembre</i> 2014	\$ 881.940,00
2015	\$ 914.219,00
2016	\$ 976.112,00
2017	\$ 1.032.238,00
2018	\$ 1.074.456,53
2019	\$ 1.108.624,25

Bajo esas consideraciones, la Sala confirmará la decisión de primera instancia en punto a que a la demandante tiene derecho a la pensión de sobreviviente, pero modificará el valor de los porcentajes y la revocará frente a las pretensiones elevadas por Maribel Palacios Adrada.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por no haberse causado.

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 de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales **SEGUNDO, CUARTO** y **SEXTO** de la sentencia proferida el 4 de julio de 2020 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, par en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones formuladas por la señora **MARIBEL PALACIO ADRADE**, identificada con la cédula de ciudadanía 34.546.114, por las razones expuestas.

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 4 de julio de 2020 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el cual quedará así: **SEGUNDO: DECLARAR** que **ARACELY QUINTERO DE CARDEAS** identificada con la C.C No 28.810.770, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor **HERNANDO CÁRDENAS**, a partir del 9 de enero de 2010 y hasta el 30 de marzo de 2014, en un 50% de la mesada pensional, y a partir del 1 de abril de 2014 y en adelante en un 100% de la mesada pensional, sobre 14 mesadas al año, por las razones expuestas.

TERCERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral **QUINTO** de la sentencia proferida el 4 de julio de 2020 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el cual quedará así: **QUINTO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a favor de **ARACELY QUINTERO DE CARDEAS** identificada con la C.C No 28.810.770, el retroactivo pensional causado desde el 11 de abril de 2013 hasta el 30 de marzo de 2014, debidamente indexado a la fecha del pago efectivo teniendo en cuenta las siguientes mesadas:

Año 2013	\$432.578
Enero -Marzo 2014	\$440.970

A partir del 1 de abril de 2014 hasta fecha de inclusión en nómina las siguientes mesadas:

<i>Abril-diciembre</i>	<i>Mesada</i>
2014	\$ 881.940,00
2015	\$ 914.219,00
2016	\$ 976.112,00
2017	\$ 1.032.238,00
2018	\$ 1.074.456,53
2019	\$ 1.108.624,25

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

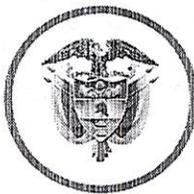
QUINTO: Sin costas en la presente instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada

(impedimento)
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



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

TSB-SALA LABORAL
54883 3600728 PH 3+28

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: HUGO HERNAN RODRIGUEZ PERDOMO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2018 00644 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **COLPENSIONES**, y **PORVENIR** contra la sentencia proferida el 2 de julio de 2020 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá.

Además, surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del CPTYSS a favor de la demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual realizada en el mes de marzo de 1996 ante la AFP Porvenir S.A., por existir engaño y asalto a su buena fe, al inducirse en error y viciar su conocimiento, para que como consecuencia de ello, se condene a Porvenir a retornarlo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales como frutos e intereses y rendimientos; se ordene a Colpensiones a recibirlo y mantenerlo como

afiliado desde el 20 de noviembre de 1991, sin solución de continuidad, las costas y agencias en derecho (f.º4-5)

Frente a esas pretensiones, PORVENIR S.A. se opuso con el argumento de que el traslado de régimen se realizó conforme a las estipulaciones vigentes establecidas para la época, aunado a que la parte actora no prueba omisión o engaño.

Presentó las siguientes excepciones de mérito: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, y debida asesoría del fondo. (f.º 88-94)

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones con sustento en que en el negocio jurídico celebrado entre las partes se generaron obligaciones recíprocas dentro de las cuales estaba en cabeza del demandante la obligación de informarse frente a las consecuencias de generar el traslado a un fondo privado, en tanto los regímenes pensionales se encuentran regulados en la legislación colombiana, por lo que son de público conocimiento y en ese sentido no existía limitación en cabeza del actor para informarse sobre las condiciones de su traslado, no existiendo vicios en el consentimiento que fundamenten la nulidad de traslado, máxime si obra en el expediente prueba de dicho formulario, así como la relación de cotizaciones realizadas a la AFP del RAIS que soportan esa decisión de traslado efectuada por el promotor.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó: buena fe, el hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, prescripción y la genérica. (f.º128-132).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 2 de julio de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con Porvenir S.A; declaró para todos los efectos legales que el actor nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad; ordenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones – a trasladar todos los valores recibidos por motivo de la afiliación como cotizaciones, bono pensional con todos sus frutos e intereses, es decir con

los rendimientos que se hubieren causado, junto con los gastos de administración; ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones - a recibir al gestor como afiliado, a actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe trasladar Porvenir; no condenó en Costas.

RECURSOS DE APELACION

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

Porvenir: i) la afiliación obedeció a una decisión, libre, voluntaria, espontánea libre y sin presiones, muestra de ello, fue la asesoría recibida de manera verbal, ii) la afiliación se rigió conforme a las normas vigentes para dicha calenda, además el promotor suscribió el formulario de afiliación y iii) no procede la devolución de rendimientos.

Colpensiones: i) el demandante no es beneficiario del régimen de transición, luego no puede trasladarse de régimen en cualquier momento; ii) la decisión del A-Quo afecta la sostenibilidad del sistema, y iii) se autorice a Colpensiones la acción de repetición en contra de la AFP.

ALEGACIONES

Presentaron alegaciones los apoderados de las partes.

El apoderado de PORVENIR presenta poder, en consecuencia, se le reconoce personería para actuar al dr. JHON JAIRO RODRIGUEZ BERNAL.

La apoderada de COLPENSIONES presenta poder de sustitución, por tal razón, se le reconoce personería para actuar a la dra. MARTHA XIMENA MORALES YAGUE identificada con la cédula de ciudadanía 1.026.274.245 y tarjeta profesional 248.715.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Si la respuesta al anterior problema jurídico es afirmativa se revisará la condena por concepto de devolución de rendimientos y la autorización para ejercer la acción de repetición contra la AFP.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 22-23, registro civil de nacimiento y cédula de ciudadanía que da cuenta que el demandante nació el 12 de julio de 1960.
- A folio 25-26, historia laboral en Colpensiones.
- A folio 30-33, simulación pensional.
- A folio 34, certificación expedida por Porvenir.
- A folios 35-43, historia laboral consolidada en Porvenir.
- A folio 44-48, extracto pensional.
- A folio 65-68, declaraciones extra juicio.
- A folio 95, formulario de afiliación.
- A folio 96-99, registro Siafp.
- A folios 119-121, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte al demandante y al representante legal de la demandada.

Caso Concreto

Los argumentos de los recursos de apelación se encuentran encaminados a demostrar que en el presente caso no existió vicio del consentimiento, porque la afiliación lo fue libre, voluntaria y espontánea; se entregó la asesoría al demandante conforme con lo reglamentado por la ley para la fecha del traslado; la decisión del A-Quo descapitaliza el sistema y afecta su sostenibilidad, y en consecuencia lograr que se revoque la sentencia de primera instancia.

Para resolver el problema jurídico planteado, lo primero que se observa en el presente proceso es que las pruebas acreditan que el demandante a la edad de 36 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 222 semanas cotizadas al sistema (f.º 25-26), que no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen ya que no acredita que contara con 55 años de edad ni gozara de pensión de invalidez, aunado a que suscribió la solicitud de vinculación al RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones, tal como se corroboró en el interrogatorio de parte.

Si bien, la jurisprudencia reiterada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado, esa misma jurisprudencia indica que dicho formulario acredita

a lo sumo el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero si prueba el consentimiento del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras).

Tal como lo señaló el apelante de Porvenir, el acto de traslado de régimen cumplió con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que exigía que el consentimiento expresado al momento de la selección de régimen fuera en forma libre, espontánea y sin presiones, lo cual se verifica con lo expuesto en el interrogatorio, elemento probatorio que permite colegir las razones que en su momento valoró el demandante y que lo llevaron a concluir que le convenía más estar vinculado en el Régimen de Ahorro Individual.

Recuérdese que el demandante expuso en el interrogatorio de parte que le informaron que podía pensionarse anticipadamente y además le hicieron referencia a los rendimientos que obtendrían en el fondo, situaciones que son ratificadas con las declaraciones extra juicio que obran a folios 65-67 del expediente. Aunado a esto, no puede pasarse por alto que no existía razón alguna para que el fondo negara el traslado, de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994, ya que esa conducta les está prohibida cuando una persona cumple los requisitos para la vinculación.

De otro lado, se verifica que en el presente caso se alega la existencia de un error de hecho fundado en el engaño, tal y como se desprende de la pretensión primera, y este tipo de error se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió.

De lo expuesto en el interrogatorio se deduce que lo pretendido por el demandante fue el traslado de régimen, lo cual acaeció por lo que se desvirtúa la existencia del error de hecho o el presunto engaño.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que el demandante incurrió en un error para la toma de su decisión por el desconocimiento de las implicaciones jurídicas del traslado, es de anotar que este tipo de error lo clasifica la doctrina como de derecho, porque de acuerdo con su definición doctrinal, se refiere "*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*".¹

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations. T. I. 6e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.*

El error de derecho por disposición legal no genera vicios del consentimiento, lo cual se constata en el artículo 1509 del C.C., y ello es así porque el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, aunado a que dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, sumado a que, en todo caso, las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852 y ha sido aplicada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política.

No se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado de régimen pensional.

Ahora, respecto de la causal de ineficacia consagrada expresamente en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es de anotar que esta es una norma sancionatoria cuya aplicación no le compete a la jurisdicción ordinaria laboral en la medida en que en ella se establece el hecho generador, (actos que impidan o atenten en cualquier forma el derecho a la afiliación o selección), la sanción (multa, la perdida de efectos de la afiliación) y la autoridad competente para su imposición (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social o Ministerio de Salud en cada caso).

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado por la entidad de vigilancia y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenida en el mismo Decreto, artículo 211; por lo que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerla.

Por lo anterior, se reitera la aplicación de esas normas por las conductas en ella descritas escapan de la órbita de la competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

En cuanto a la causal de ineficacia en sentido estricto que se ha construido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la falta de información al momento del traslado, se encuentra que ese marco jurisprudencial asigna la carga de la prueba de la información otorgada al demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe señalar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Nótese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que

“... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del*

Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto *“suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”*.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque como ya se analizó en párrafos anteriores no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

Si en gracia de discusión se analizara la causal de ineficacia del acto de traslado por incumplimiento al deber de información asignado a las Administradoras de Pensiones, se encuentra en el presente caso que la carga de la prueba bajo la responsabilidad del fondo fue cumplida en la medida en que analizados desde el principio de la comunidad de la prueba todos los elementos que obran en el proceso, dan cuenta que se le dio información, al punto que es el mismo demandante quien en el interrogatorio de parte y su declaración extra juicio acepta que se le entregó asesoría, además hizo referencia a los rendimientos de los fondos y a la posibilidad de pensionarse anticipadamente, características que son ajenas al Régimen de Prima Media; manifestaciones que permiten corroborar que se le entregó la información que se exigía para la época, siendo los motivos que originaron el traslado y que excluían el régimen de prima como el de su elección, información que no implicaba la realización de proyecciones ni que constara por escrito.

Aunado a lo anterior, el demandante contó con oportunidades para retornar al Régimen de Prima Media si consideraba no conveniente a sus intereses su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que pudo ejercer dicha opción en el año 2004 cuando se le otorgó a los afiliados la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media, lo cual fue ampliamente publicitado por los fondos como se constata a folios 119-121 o antes de incurrir en la prohibición legal contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 993 modificada por el artículo 2°. de la Ley 797 de 2003.

De otro lado, en el presente caso no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, y sobre el particular, es de anotar que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende

de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, personas a cargo, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado porque no era un requisito exigido por la ley.

Adicionalmente, se debe señalar que el monto que se protege con las normas laborales es el que la mesada pensional no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, de tal manera que el mayor o menor valor de esa suma superior al salario mínimo depende de las circunstancias propias de la vida laboral y personal del afiliado al Sistema General de Pensiones, y, por ello, en cada régimen se encontraran personas con mesadas pensionales con sumas mayores o menores comparativamente, aun dentro de cada administradora de pensiones, dadas las diferencias de los afiliados por las situaciones particulares, lo cual no atenta contra el principio protector de las normas laborales, ya que lo que se garantiza es la contingencia de la vejez y que la mesada no pueda ser inferior al salario mínimo, y no un monto determinado porque la liquidación dependerá de los parámetros que se encuentran definidos por la ley

Por último, respecto del argumento referente a la vulneración de la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media, esto es un principio constitucional del derecho a la Seguridad Social, se debe tener en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el hecho de que el traslado entre regímenes en el periodo previo al reconocimiento de la pensión afecta principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, expuso la Corte Constitucional lo siguiente: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la*

realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes. Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...

En la Sentencia C-401/16 consideró: "... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos - se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables"

Y en la sentencia C-083/19, señaló que "el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del

ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige que al ser los regímenes de Prima Media y de Ahorro Individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Lo anterior, efectivamente afecta el principio de sostenibilidad financiera del régimen de prima media, lo cual se materializa según los elementos de prueba presentados con la demanda folios 27 y 33 al generar una diferencia entre las mesadas en los dos regímenes de \$2.856.588, la cual daría lugar a una suma adicional superior a cargo del fondo común de \$682.153.214 por la expectativa de vida sin considerar los aumentos anuales de esa diferencia, pese a que el demandante no cumplió con la solidaridad intergeneracional antes mencionada.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba y el marco normativo

aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia y la sala se releva de estudiar los demás argumentos del recurso de apelación.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

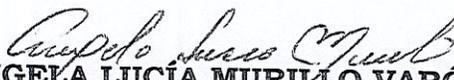
En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

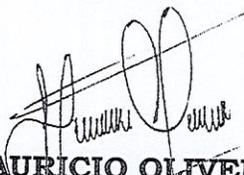
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 2 de julio de 2020 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por el señor HUGO HERNAN RODRIGUEZ PERDOMO, identificado con la C.C. 17.632.120.

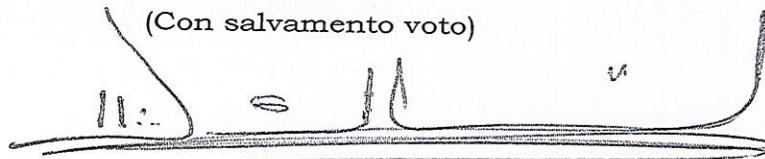
SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

(Con salvamento voto)



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Hugo Hernán Rodríguez Perdomo

Demandado: Colpensiones y otros

Radicado: 11001 31 05 024 2018 00644 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **al accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas

públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *“expectativas legítimas”* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por el demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, frente a la inconveniencia financiera del sistema pensional esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber

de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: *“Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”*

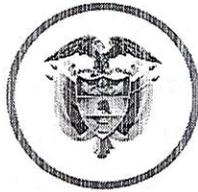
En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con las respuestas que dio el demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



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

TSB-SALA LABORAL

54802 30OCT20 PM 3:28

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SERGIO CARDOZO TOURNE

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 025 2017 00567 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 28 de agosto de 2020 por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá.

Además, surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del CPTYSS a favor de la demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende de se *declare* que es beneficiario del régimen de transición en concordancia con las previsiones del Acuerdo 049 de 1990 y que adquirió el estatus de pensionado el 28 de diciembre de 2012, para que como consecuencia ello, se condene a la demandada a pagar la prestación a partir de dicha calenda, junto con los reajustes anuales, la indexación, los intereses moratorios, las costas del proceso y a lo ultra y extra petita. (f.º 2-3)

Como sustento de sus pretensiones refirió que nació el 28 de diciembre de 1952, cotizó a Colpensiones un total de 1.533 semanas y que es beneficiario del régimen de transición; que la demandada mediante resolución N°. GNR 386106 del 30 de noviembre de 2015 le reconoció una pensión de jubilación en cuantía de \$1.259.431 a partir del 1 de diciembre de 2015, aplicando las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 y una tasa de reemplazo del 90%; la encartada le adeuda las mesadas causadas desde el 28 de diciembre de 2012, calenda desde la cual se encontraba debidamente retirado del sistema al haber dejado de cotizar desde el 30 de noviembre de 2010; finalmente, adujo que Colpensiones mediante resolución N°. SUB 2257 del 7 de marzo de 2017, negó la reliquidación, pago y retroactivo de la pensión, decisión que fue confirmada a través de la resolución N°. DIR 6575 del 25 de mayo de 2015. (f.º 3-5)

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones con sustento en que revisada la historia laboral del peticionario se evidencia que para el periodo de diciembre de 2009 con el empleador INTERIORISMO LTDA, no se refleja la novedad de retiro, encontrándose este periodo dentro de los 4 años anteriores a su cotización como trabajador independiente, razón por la cual la prestación se reconoció a partir de la inclusión en nómina de pensionados.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y pago. (f.º 52-54).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de agosto de 2020, condenó a Colpensiones al pago de retroactivo pensional e intereses moratorios.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada de Colpensiones presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal respecto de la fecha de efectividad de la pensión.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el demandante acredita tener derecho al retroactivo pensional y en caso afirmativo se verificará si procede la condena por concepto de intereses moratorios.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 10, copia de la cédula de ciudadanía que da cuenta que el actor nació el 28 de diciembre de 1952.
- A folio 11-20, resolución N°. GNR 386106 del 30 de noviembre de 2015, por medio de la cual se reconoce la pensión de vejez al actor a partir del 1 de diciembre de 2015, en cuantía inicial de \$1.259.431
- A folio 21-24 y 60-62, historia laboral.
- A folio 28-31 y 34-37, resoluciones SUB 2257 del 7 de marzo de 2017 y DIR 6575 del 25 de mayo de 2017, por medio de las cuales se niega la reliquidación y se confirma dicha decisión.
- A folios 64, expediente administrativo.

Caso Concreto

La Sala debe recordar que la causación del derecho nace cuando el afiliado reúne los requisitos de semanas cotizadas y la edad, mientras que el disfrute de la pensión solo se hará efectivo, es decir, se comenzarán a percibir las mesadas pensionales una vez se acredite la desafiliación del sistema, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

En el presente caso no es objeto de controversia que el demandante es beneficiario del régimen de transición y que la demandada mediante resolución GNR 386106 del 30 de noviembre de 2015, le reconoció una pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1°. de diciembre de 2015.

En otro giro, al revisarse los actos administrativos que reposan en el expediente (f.° 28-31 y 34-37), se puede deducir que la entidad reconoció el derecho pensional a corte de nómina, en razón a que el empleador INTERIORISMO LTDA. no había reportado la novedad de retiro al Sistema de Pensiones del aquí demandante, sin embargo, para la Sala dicha interpretación no puede salir adelante como quiera que al revisar lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990, de manera alguna puede concluirse que la desafiliación del sistema se predique de aquellos empleadores que en otrora oportunidad efectuaron cotizaciones a favor del afiliado, sino respecto de quien realizó la última

cotización al sistema, bien sea, un empleador o el propio afiliado en su condición de trabajador independiente.

En esa medida y con el fin de resolver el problema jurídico se determina una vez revisada la historia laboral que la última cotización efectuada por el demandante lo fue en calidad de trabajador independiente, quien no reportó la novedad de retiro de manera expresa al sistema.

Bajo ese horizonte, debe recordarse, que tanto el trabajador dependiente como independiente para hacer exigible la pensión, debe desafiliarse del sistema tal como lo señala el artículo 13 del acuerdo 049 de 1990, situación que es una obligación reportar como novedad en el formulario respectivo tal como lo señalan los artículos 1, 7, 9, y 35 del Decreto 1406 de 1999, porque el solo hecho de dejar de cotizar no implica per se la intención de desafiliarse del sistema de pensiones.

Ahora bien, la Sala debe señalar que acudiendo a las reglas de la desafiliación tácita, si bien no se encuentra registrado el retiro como independiente, lo cierto es, que del material probatorio se puede deducir la intención del gestor de desafiliarse del sistema como lo señala la jurisprudencia para estos casos, en razón a que i) no se le podría exigir la terminación del vínculo contractual porque la calidad de empleador y trabajador se confunden en la misma persona, ii) efectuó su última cotización para noviembre de 2010, iii) arribó a los 60 años, el 28 de diciembre de 2012 y iv) efectuó la solicitud pensional en el año 2015.

En ese orden de ideas, como el accionante acreditó el requisito de edad el 28 de diciembre de 2012, sin que con posterioridad a esa calenda se reflejen cotizaciones posteriores y además contaba para ese momento con las exigencias previstas en el Acuerdo 049 de 1990, la pensión debió reconocerse al cumplimiento del último de los requisitos, esto es, el de la edad, es decir a partir del **28 de diciembre de 2012**, razón por la cual resulta acertado condenar a la encartada al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales causadas entre el 28 de diciembre de 2012 hasta 30 de noviembre de 2015, sobre trece mesadas anuales, como acertadamente lo coligió el A-quo.

En cuanto a la *excepción de prescripción*, se tiene que i) el demandante el 22 de junio de 2015, radicó la solicitud de pensión (f.º11), ii) la encartada mediante la resolución GNR 386106 del 30 de noviembre de 2015 reconoció la prestación a corte de nómina (f.º11-15), decisión que fue notificada el 10 de diciembre de 2015 como reposa en el expediente administrativo, iii) que contra esa decisión no se interpuso los recursos de ley, iv) que mediante

comunicación de 24 de febrero de 2017 solicitó el retroactivo, reajuste e intereses moratorios (fl. 25-27), v) mediante resolución SUB 2257 de 7 de marzo de 2017 se negó la petición (fl. 28-31), decisión frente a la cual se presentó el recurso (fl. 32-33), el que se decidió mediante Resolución 6575 de 25 de mayo de 2017 (fl. 34-37) y vi) la demanda se radicó el 28 de agosto de 2017 (fl. 43), de manera que en el caso bajo análisis se configuró el fenómeno de la prescripción de las prestaciones causadas hasta el 23 de febrero de 2014.

En esa dirección, realizadas las operaciones del caso, se obtiene un retroactivo pensional de \$27.461.330,43, lo que da lugar a que se modifique la sentencia de primera instancia.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
28/12/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.163.453,35	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.191.841,61	0,00	\$ 0,0
23/02/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.214.963,34	11,20	\$ 13.607.589,4
01/01/15	30/11/15	3,66%	\$ 1.259.431,00	11,00	\$ 13.853.741,0
Total retroactivo				\$27.461.330,43	

Así mismo, se autoriza a la entidad a descontar lo correspondiente al aporte a salud en razón a que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en salud en virtud de los artículos 204 y 157 de la Ley 100 de 1993 y por ello, la sentencia de primer grado será adicionada en ese sentido.

En otro giro, frente al tema relacionado con los intereses moratorios, es de anotar que de conformidad con reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral sobre la morigeración de los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, contenida en las sentencias proferidas en los procesos identificados con las radicaciones 43602, 44526 y 45312, cuando la actividad de la administración se debe a la aplicación estricta de la ley, o la decisión se deriva de la aplicación de la jurisprudencia, es dable señalar que en el presente caso la entidad demandada no se constituyó en mora.

Como ya se expuso, el reconocimiento de retroactivo se logra por la aplicación de la jurisprudencia sobre la desafiliación tácita de manera excepcional, ya que la norma exige que dicha desafiliación sea de manera expresa para que no exista duda sobre la voluntad real del afiliado de desvincularse del sistema de seguridad social en pensiones, de conformidad con el artículo 13 del acuerdo 049 de 1990, el cual es aplicable en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, que establece este requisito para recibir

las mesadas pensionales; nótese que solo hasta el 22 de junio de 2015 el demandante presentó la solicitud de pensión, y no al momento de cumplir el requisito de la edad como se demanda.

En consecuencia, hay lugar a revocar la decisión de primera instancia sobre los intereses moratorios.

Costas, no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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 de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 28 de agosto de 2020 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así: **SEGUNDO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** da reconocer y pagar al señor **SERGIO CARDOZO TOURNE** identificado con la cédula de ciudadanía 19.184.089, la pensión de vejez desde el 28 de diciembre de 2012, junto con el retroactivo pensional generado desde el 23 de febrero de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2015, por efectos de la declaratoria parcial de prescripción, el cual asciende a la suma de **\$27.461.330,43**.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 28 de agosto de 2020 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** de la pretensión relacionada con los intereses moratorios, por las razones expuestas.

TERCERO: REVOCAR el numeral **CUARTO** de la sentencia proferida el 28 de agosto de 2020 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá para en su lugar declarar probada parcialmente la excepción de prescripción por las razones expuestas.

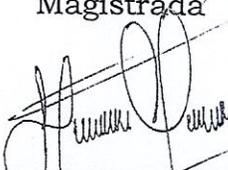
CUARTO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de autorizar a la entidad demandada a realizar los descuentos para el sistema integral de salud, por las razones expuestas.

QUINTO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

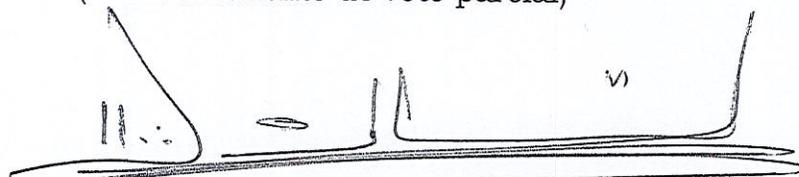
SEXTO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

(Con salvamento de voto parcial)



DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

Demandante: Sergio Cardozo Tourne
Demandado: Colpensiones
Radicado: 11001 31 05 025 2017 00567 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, respecto de la absolución de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues considero que en este caso si son procedentes como pasa a explicarse.

En efecto, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la condena por intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 opera de manera automática cuando, a partir del momento de la solicitud, la prestación no se otorga dentro de los plazos establecidos en las disposiciones legales. Por tal motivo, los jueces no deben analizar el actuar de las administradoras de pensiones para determinar si se enmarca en los postulados de la buena fe al negar la pensión. Además, la alta Corporación ha descartado la imposición de intereses moratorios en dos situaciones muy específicas: i) El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes; ii) y el segundo, cuando la actuación de la administradora de pensiones estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y, posteriormente, se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial (sentencia CSJ SL508-2020).

Así lo puntualizó cuando dijo textualmente:

“De entrada, advierte la Corte que no le asiste razón a la censura puesto que de manera reiterada y pacífica ha adoctrinado que la condena por intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 opera de manera automática cuando, a partir del momento de la solicitud, la prestación no se otorga dentro de los plazos establecidos en las disposiciones legales (CSJ SL4601-2019).

Lo anterior significa que para establecer la viabilidad de los intereses moratorios, los jueces laborales no deben analizar el actuar de las administradoras de pensiones para determinar si se enmarcó dentro de los postulados de la buena fe al negar una prestación.

Además, conviene recordar que esta Sala ha descartado la imposición de

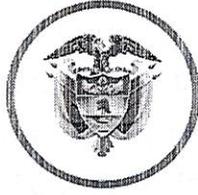
intereses moratorios en dos situaciones muy específicas, las cuales no corresponden a la del sub lite. El primero, cuando en sede administrativa hay controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014); y el segundo, cuando la actuación de la administradora de pensiones estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y, posteriormente, se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial.”

Al amparo de las reglas jurisprudenciales descritas, se tiene que en el presente asunto ninguna de las hipótesis planteadas por el Órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral se configura, dado que existe bastante jurisprudencia que ha dado alcance a lo dispuesto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, según el cual, en contextos como el que ocupa la atención de la Sala, la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, por ello, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema, precedente que viene incluso desde el año 2009 y se mantiene en la actualidad como se puede ver en las sentencias CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798; CSJ SL4611-2015; CSJ SL 5306-2016; CSJ SL756-2018 y CSJ SL 929-2019.

Con todo lo dicho, tampoco resulta aplicable la subregla, referente a que la administradora de pensiones estuvo amparada en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación, pues la jurisprudencia referida debe entenderse también dentro de ese mismo universo jurídico al que debe acudir Colpensiones para hallar la solución del caso puesto bajo estudio.

En estos términos dejó sentado el salvamento parcial de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSÉ IGNACIO BARRERO PUERTO

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 025 2018 00346 01

TSB-SALA LABORAL

54892.30OCT'20 PM 3:28

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida el 21 de agosto de 2020 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que tiene derecho a la pensión de jubilación prevista en la Ley 71 de 1988, por estar cobijado por el régimen de transición, para que, como consecuencia de ello, se condene a Colpensiones a re liquidar y pagar la pensión de vejez de conformidad con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, la indexación y los intereses moratorios. (f. °41)

Para fundamentar sus peticiones, informó que nació el 24 de noviembre de 1957; que prestó servicios a diferentes empresas públicas como privadas,

para un total de 1156 semanas; que para el 1º. de abril de 1994 contaba con más de 15 años de servicios por lo que es beneficiario del régimen de transición; que el 5 de septiembre de 2017, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión con fundamento en la Ley 71 de 1988, petición que fue despachada desfavorablemente con la Resolución SUB 207225 del 25 de septiembre de 2017; que contra esa decisión interpuso el recurso de apelación, mismo que fue desatado a través de la resolución DIR 22501 del 7 de diciembre de 2017. (f.º 40).

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de ellas, con fundamento en que al actor no le asiste derecho a la pensión prevista en la Ley 71 de 1988, por no acreditar los requisitos para tal fin.

Propuso las siguientes excepciones de mérito: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, declaratoria de otras excepciones (f.º 59-64)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 21 de agosto de 2020, absolvió a la encartada de las pretensiones elevadas en el libelo genitor y condenó en costas al demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se presentó recurso de apelación se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de conformidad con el inciso 1 del artículo 69 del C.P.T Y S.S. modificado por la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

Presentó escrito de alegaciones el apoderado de la parte demandante.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión prevista en la Ley 71 de 1988 por encontrarse cobijado por el régimen de transición.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 11-12, cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento que da cuenta que el actor nació el 24 de noviembre de 1957.
- A folio 13-17, Resoluciones Sb 207225 del 25 de septiembre de 2017 y DIR 22501 del 7 de diciembre de 2017, por medio de las cuales se niega el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y se confirma dicha decisión.
- A folio 71, expediente administrativo

Caso concreto:

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que, a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 40 años de edad si es hombre o 15 años de servicios, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto. Lo anterior, con el objetivo de mantener la supervivencia de normas especiales y preexistentes a la Ley general de seguridad social.

Dicho régimen fue limitado por el legislador a través del acto legislativo 01 de 2005, reforma que dispuso entre otros aspectos: i) que se respetarían los derechos adquiridos, ii) que el derecho a la pensión se adquiere o se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, esto es, que será necesario cumplir con la edad y el tiempo de servicio o las semanas de cotización, según sea el caso y iii) que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.

Así entonces y de conformidad con las pruebas recaudadas y el reporte de semanas, se observa que el demandante inicialmente era beneficiario del

régimen de transición, si bien, no por edad, porque al 1 de abril de 1994, tenía la edad de 37 años, en tanto nació el 24 de noviembre de 1957, si contaba con más de 15 años de servicios cotizados (805,86) como se observa en el expediente administrativo.

De otro lado, también se verifica que, a la entrada en vigencia de la reforma constitucional, esto es, al 29 de julio de 2005, el actor contaba con más de 750 semanas, por lo que también extendió el régimen de transición hasta diciembre de 2014.

De acuerdo con lo anterior, al revisar la historia laboral se determina que el señor Barrero Puerto para esa calenda -2014- había cotizado un total de 1019,86 semanas y de la cédula de ciudadanía que corre a folio 11 se determina que el actor nació el 24 de noviembre de 1957, de manera que cumplió el requisito de edad de 60 años el mismo día y mes del año 2017.

Bajo ese horizonte, se concluye que la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada, en la medida que si bien, no se desconoce que el actor cotizó un número importante de semanas, también es cierto, que la edad para acceder al reconocimiento pensional, ora bajo las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 o de la Ley 71 de 1988, si en gracia de discusión se aceptara que lo cobija, se cumplió hasta el año 2017, esto es, con posterioridad a la expiración del régimen de transición, por lo que no le asiste derecho al reconocimiento de la pensión ni reliquidación y demás pretensiones contenidas en la demanda.

En este punto conviene traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia cuando en sentencia CSJ SL7040-2017 explicó

(...) Salta de bulto que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 perdió su vigencia el 31 de julio de 2010. Esa fue la regla general constitucional, respecto de la cual en ningún yerro de aplicación o interpretación incurrió el Tribunal, dado que de ella nada distinto es posible concluir, pues su tenor literal no deja asomo de duda sobre su contenido.

Y la sub regla prevista como excepción a la disposición de fenecimiento del régimen de transición al 31 de julio de 2010, es una y solo una: que de la fatal fecha se exceptúan quienes al 25 de julio de 2005 --fecha de publicación de la disposición en el diario oficial-- contaren con 750 semanas de cotización,

pues a ellos se les extenderá el régimen de transición hasta el año 2014 --31 de diciembre, entiende la jurisprudencia--, de manera que si alguno de los requisitos les faltare por cumplir, ese será el plazo con el que contarán para obtener el derecho pensional. (...)

En conclusión, si bien el demandante extendió el régimen de transición hasta el año 2014 por contar al 25 de julio de 2005 con las 750 semanas de cotización previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005, no logró consolidar su derecho prestacional, como quiera que no cumplió la edad pensional, para el caso, 60 años, sino hasta el 24 de noviembre de 2017, cuestión que por demás no fue discutida en este asunto.

En otro giro y en punto de los denominados derechos adquiridos, que se mencionan en el escrito de alegaciones, es de recordar que los mismos deben entenderse en propias palabras de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral como (...) *“aquellos que han entrado en el patrimonio de las personas y que no les pueden ser arrebatados o quebrantados por quien los creó o reconoció legítimamente. (...)*”

Así entonces, conviene precisar que los derechos adquiridos no se afectaron con la expedición del acto legislativo, porque para que estos se consoliden se requiere la causación de todos los requisitos señalados en la norma, que en el caso de las pensiones son edad y tiempo y/o semanas de cotización y como se vio en el caso de autos, esa condición no se cumplió, en tanto el requisito de edad se configuró con posterioridad al 31 de diciembre de 2014.

Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado que los requisitos de un régimen de transición se deben cumplir en vigencia de la norma que lo consagra, ejemplo de ello, la sentencia T-013 de 2011, de la Corte Constitucional en la que expuso *“la Corte también ha aclarado que para que se consolide el derecho en vía de adquisición, es necesario que las condiciones existentes para adquirirlo se cumplan antes de que opere el tránsito legislativo, lo que en términos más concretos quiere decir que los requisitos se deben consolidar antes de que entre en vigencia la nueva ley., (...)*

En ese contexto y dado que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, no queda más camino que confirmar la decisión de primer grado.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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 de Colombia y por autoridad de la ley:

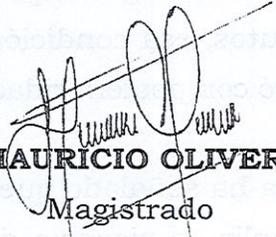
RESUELVE

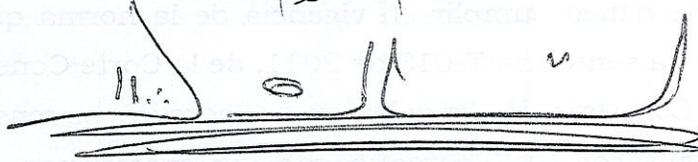
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de agosto de 2020 por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

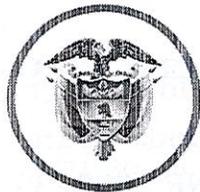
SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



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

TSB-SALA LABORAL

54885 30OCT'20 PM 3:21

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARIA ELENA DUARTE ACEVEDO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 31 05 018 2018 00179 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el valor del retroactivo de la pensión de vejez a partir del 30 de agosto de 2012; a reconocer y pagar los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; a la indexación de las sumas que sean reconocidas, a las costas y agencias en derecho y a lo ultra y extra petita.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: nació el 29 de agosto de 1957, siendo beneficiaria del Régimen de Transición por contar con más de 35 años al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993; el 30 de agosto de 2013, radicó solicitud de pensión de vejez ante

Rad. 11001 31 05 018 2018 00179 01

ACLARACIÓN DE VOTO

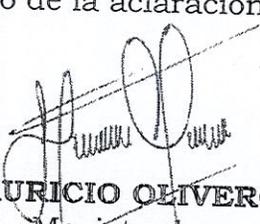
Demandante: Maria Elena Duarte Acevedo

Demandado: Colpensiones

Radicado: 11001 31 05 018 2018 00179 01

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar mi voto en el sentido de indicar que aun cuando comparto la decisión de absolver a la demandada, no comparto el argumento según el cual la primera presentación de la demanda realizada el 31 de julio de 2017 no tiene la virtualidad de interrumpir la prescripción, en la medida en que no fue notificada esa demanda dentro del año siguiente de su primera presentación como lo establece el artículo 94 del Código General del Proceso, pues conforme al acta de reparto de folio 35 y efectuada la consulta dinámica de proceso en la página de web de la Rama Judicial, pude verificar que la primer demanda fue retirada por el demandante, luego la única que cuenta para efectos legales de constatar la prescripción es la presentada el 23 de marzo de 2018. Además, el extremo final para contabilizar dicho fenómeno es la data de notificación de la Resolución GNR 308838 del 4 de septiembre de 2014, que lo fue el 30 de septiembre de 2014.

Hasta acá el planteamiento de la aclaración de mi voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

