



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **RUTH MARÍA CUÉLLAR DE ROMERO** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los diez (10) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Laura Elizabeth Gutiérrez Ortíz** identificada con cedula de ciudadanía No. 31.486.436 de Yumbo y tarjeta profesional

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

303.924 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **RUTH MARÍA CUÉLLAR DE ROMERO** a través de apoderado judicial, pretende se condene a Colpensiones a reconocerle el 100% de la mesada pensional a la que tenía derecho el señor José Augusto Romero Rondón, desde el 7 de julio de 2017, o desde el 31 de mayo de 2012, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios o la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. Subsidiariamente persigue, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde el 7 de julio de 2017, en la cuantía establecida en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios o la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (fl. 8 a 10).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 7 del informativo, en los que en síntesis advierte que el señor José Augusto Romero nació el 13 de octubre de 1950; que aquel cotizó a Cajanal entre el 18 de septiembre de 1989 y el 6 de octubre de 1993 un total de 208,42 semanas; que el causante igualmente efectuó cotizaciones al otrora ISS, siendole reconocido por Colpensiones un total de 552,14 semanas, conteo que no considera períodos en mora por parte del empleador Agropecuaria Pijao Ltda., esto es, los 360 días de los años 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001, para un total de 257,14 semanas; que la demandada tampoco ha considerado el periodo correspondiente a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

noviembre de 2007, que se encuentra a cargo del empleador Universidad de Cundinamarca, ni tampoco los 360 días del año 2010, que se encuentran a cargo de Agropecuaria Pijao Ltda., a pesar que fue afiliado por las sociedades en mención para dichos ciclos; que para el 1° de abril de 1994, el causante contaba con 43 años, acredita un total de 1.073, 42 semanas, de las cuales 941,28, fueron cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005. Refiere que mediante Resolución GNR 290896 del 20 de agosto de 2014, Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del causante, argumentando que no acreditó la densidad de semanas requeridas, decisión que fue confirmada a través de la Resolución VPB 636663 del 29 de septiembre de 2015, muy a pesar de las solicitudes elevadas por el empleador Agropijao Ltda, del 27 de julio y 22 de septiembre del mismo año, en las cuales se petitionó la corrección de la historia laboral y cálculo de reservas actuariales. Agrega que la demandada se negó al reconocimiento pensional a través de las Resoluciones GNR 109328 y GRN 376264 de 2016, por lo que el causante promovió demanda ordinaria laboral en su contra, la cual fue rechazada por falta de subsanación el 28 de julio de 2017. Concluye indicando que contrajo nupcias con el *de cujus* el 28 de octubre de 1978 y convivió con él hasta la fecha del deceso, que lo fue el 6 de julio de 2017, con quien además concibió dos hijos ya mayores de edad y que, agotó la correspondiente reclamación administrativa.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia que, el causante al 31 de julio de 2010 no acredita los 20 años de servicios cotizados exigidos por la Ley 71 de 1988, ni la densidad de semanas mínima exigida por el Decreto 758 de 1990, amén que no cumple con 750 semanas de cotización a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005.



Agrega que, tampoco se constata en el *sub examine*, el cumplimiento de las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha del fallecimiento del causante, conforme lo exige el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** Formuló las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia del cobro de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, solicitud de condena en costas al demandante y la genérica. (fl. 135 a 181).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 26 de enero de 2021, resolvió **condenar** a la demandada a reconocer y pagar a favor de la parte actora la pensión de sobrevivientes de que trata el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, en cuantía de \$957.057, a partir del 7 de julio de 2017, junto con los aumentos legales, la mesada adicional y los intereses moratorios previstos por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde la exigibilidad de la obligación, mes a mes, hasta cuando se produzca el pago de lo debido, y el retroactivo pensional en la suma de \$14.699.048, que corresponde al período comprendido entre el 1° de julio de 2012 hasta la fecha de fallecimiento del causante, junto con los intereses moratorios desde la exigibilidad de la obligación hasta su pago; declarar parcialmente probada la excepción de prescripción a partir del 13 de abril de 2015 y en relación con el retroactivo de la pensión de vejez; declarar no probada la excepción de prescripción en relación con la pensión de sobrevivientes; **condenar** en costas a la encartada. (Cd. Fl. 216).



Lo anterior por considerar el *a quo*, que el causante al 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años y a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, acreditó una densidad de 941 semanas, de manera que el régimen de transición se extendió a su favor hasta el 31 de diciembre de 2014, sumado a que el 13 de octubre de 2010 cumplió los 60 años y contaba con 1.079,14 semanas, incluidos los ciclos que registran pago extemporáneo sin afiliación, pues conforme a la sentencia 43.182 proferida por la Corte Suprema de Justicia, deben ser considerados los tiempos de servicios sin cotización, como ocurre con los servidores públicos. Precisa que en el conteo de semanas se efectuó la sumatoria de tiempos públicos y privados, conforme al nuevo criterio de la Corte Suprema de Justicia, dejando el *de cujus* causada la pensión de vejez y en últimas la prestación de que trata el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, de la cual es beneficiaria la demandante por no existir discusión sobre esa condición, que se ratifica con las declaraciones rendidas en el proceso, supuestos de facto que conducen al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes estudiada, desde el 7 de julio de 2017 y al pago del retroactivo de la pensión de vejez del causante, generado a partir del 1º de julio de 2012, sobre el cual operó la prescripción desde el 13 de abril de 2015.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la parte demandante **RUTH MARIA CUÉLLAR DE ROMERO**, interpuso recurso de apelación, en el que esgrime, como motivos de disidencia, que difiere frente a la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez, dado que la misma procede desde el 1º de junio de 2012, data esta en la que el causante reunió los requisitos para acceder a la prestación y este elevó la respectiva reclamación el 27 de marzo de 2014, lo cual fue reiterado por la aquí convocante pocos días después del óbito, destacando que si la



prestación hubiere sido reconocida por Colpensiones de la manera que correspondía, la actora sería sustituta en la pensión de vejez.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación, exponiendo como motivos de disidencia que los tiempos reclamados en relación con el empleador Agro Pijao Ltda. no pueden ser tenidos en cuenta para el estudio de la prestación petitionada, porque respecto de los mismos se reporta la observación “*no registra relación laboral en afiliación a ese pago*”, de suerte que no se trata de una mora o deuda presunta del patrono, como presupuesto para la inclusión de esos tiempos, indicando que aun cuando el causante al 1° de abril de 1994, contaba con 43 años, no acreditó los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez al 31 de julio de 2010, ni completó 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, circunstancia que impide hacer extensivo el beneficio de la transición y dar paso a la pensión de vejez *post mortem*. Agrega que la última cotización del *de cujus* data del año 2012, siendo claro que tampoco contaba con 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento, que tuvo lugar hacia el año 2017, situación que deviene en la improcedencia de la pensión de sobrevivientes pretendida. Concluye señalando que el criterio de la Corte Constitucional en relación con la sumatoria de tiempos públicas y privados bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, tiene lugar de manera residual y en el caso que la parte interesada no acredite el derecho pensional bajo ninguna otra norma, lo cual no se ajusta al *examine*, pues en caso de persistir la posición que deben incluirse los tiempos reclamados ante el empleador Agro Pijado Ltda., la cuestión debe dilucidarse a la luz de la Ley 71 de 1988 y no, conforme al Acuerdo 049 de 1990.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron de la siguiente manera:

Parte demandante: Este extremo procesal reitera que el afiliado fallecido causó el derecho a su pensión de vejez a partir del día 1° de junio de 2012, toda vez que para tal data tenía 61 años de edad y acreditaba un total de 1073,42 semanas cotizadas, momento a partir del cual también se configuró el disfrute de tal derecho, pues en la fecha operó su retiro definitivo del sistema al suspender sus aportes, por tanto y como quiera que del material probatorio se avizora que la accionante se constituye en la única beneficiaria de la pensión de vejez causada por su cónyuge fallecido, la misma le debe ser sustituida en el 100% del monto de la mesada pensional que le correspondía al *de cuius*, y de manera retroactiva desde la fecha anotada, esto es, 1° de junio de 2012, ya que conforme a las peticiones elevadas por la activa, no ha operado el fenómeno de la prescripción.

Parte demandada: La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones peticiona la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, en esencia, que una vez revisada la historia laboral del afiliado fallecido, se observó que el mismo no cuenta con las 750 semanas al 25 de julio de 2005, pues solo acreditó 670.27 semanas de cotización, incluidas 462.27, registradas en debida forma en la historia laboral y 208 semanas certificadas mediante formato CLEBP, expedido por la Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P. en Liquidación, del 12 de septiembre de 2011, donde registran los tiempos laborados por el causante para la mencionada entidad, concluyendo que no conservó el régimen de transición conforme al Acto Legislativo, por consiguiente, no es posible estudiar la prestación en los términos de la Ley 71 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

1988, ni conforme a la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la documental que milita a folios 26 a 31 del informativo.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, el recurso de alzada, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, si el señor José Augusto Romero (q.e.p.d.), dejó causado el derecho a la pensión de jubilación por aportes o la pensión de vejez.

De resultar afirmativa la anterior premisa, determinar si la señora Ruth María Cuéllar de Romero, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en condición de cónyuge supérstite del causante desde el 1° de junio de 2012, junto con las consecuenciales condenas que derivan de ello.



PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Con miras a resolver la Litis planteada, esta Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, historia laboral del causante expedida por Colpensiones (fl. 37 a 39); formatos 1, 2 y 3 expedidos por la Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P. en Liquidación (fl. 40 a 44); certificaciones laborales expedidas por Agropijao Ltda. (fl. 45 y 105 a 106) registro civil de defunción (fl. 127); registro civil de matrimonio (fl. 126); certificación laboral y formatos 1 y 3 expedidos por la Universidad de Cundinamarca (fl. 46 a 51); actos administrativos expedidos por Colpensiones (fl. 52 a 54, 82 a 94, 110 a 133 y 116 a 121); recurso de apelación formulado contra la Resolución GNR 290896 del 20 de agosto de 2014 (fl. 55 a 58); solicitud de corrección de historia laboral elevada por Agropijao Ltda. y su respuesta (fl. 59 a 64); requerimiento efectuado por Colpensiones al causante y respuesta emitida por este (fl. 65 a 74); respuesta a requerimiento de Colpensiones, emitida por Agropijao Ltda. (fl. 75 a 81); fallo proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Ibagué (fl. 85 a 91); incidente de desacato promovido por Agropijao Ltda. (fl. 92 a 97); respuesta a incidente de desacato proferida por Colpensiones (fl. 98 a 99); providencia del 29 de febrero de 2016 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Ibagué (fl. 100); solicitud elevada por Agropijao Ltda. ante Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Ibagué (fl. 101 a 103); providencia del 13 de abril de 2016 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Ibagué (fl. 104); certificación de pagos a Colpensiones (fl. 107 a 108); reclamación administrativa elevada por la demandante (fl. 122 a 123); registro civil de nacimiento de la accionante (fl. 124); cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 125); declaraciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

extra proceso (fl. 128 y 129); expediente administrativo (fl. 182 y 208); declaraciones rendidas por Marleny Rojas Suárez, Diana Carolina Romero y Luz Marleny Salas Aldana (fl. 198).

Procede esta Sala a desarrollar el *sub judice* planteado en líneas anteriores, no sin antes precisar que respecto a la prestación pensional deprecada en el *libelo*, diferente a las pensiones de vejez e invalidez, el afiliado causante y los posibles beneficiarios de la prestación deben cumplir separadamente dos clases de requisitos, a saber, al *de cujus* le correspondía dejar reconocido el derecho a la pensión bien de vejez o invalidez o una densidad de semanas de cotización, y por su parte, los beneficiarios deben acreditar su cualificación legal, ello es, demostrar mediante prueba idónea su calidad respecto del causante, o la dependencia económica cuando se refiere a hijos discapacitados o padres; aclarando que ambos pedimentos deben concurrir para la causación de la pensión de sobrevivientes.

Es menester precisar que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado que es la fecha de fallecimiento del pensionado o afiliado la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 6 de julio de 2017, como da cuenta el Registro Civil de Defunción obrante a folio 127 del informativo, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en el artículo 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, norma que estipula:

«**ARTÍCULO 12.** El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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



ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

En el caso analizado, aduce la demandante que su cónyuge fallecido causó la pensión de vejez o la pensión de jubilación por aportes antes del óbito, en condición de beneficiario del régimen de transición, por manera que debe reconocerse dicha prestación a favor del causante y sustituirla a la accionante, dada su condición de cónyuge supérstite, lo cual resulta procedente desde el 1° de junio de 2012; frente a lo que la encarada se opone, al considerar que el afiliado fallecido no reunió la semanas necesarias para conservar el régimen de transición, precisando que al respectivo conteo no es procedente incluir los tiempos reclamados en el libelo genitor respecto del empleador Agropijao Ltda.

Con miras a resolver este tópico, se tiene que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 indicó como finalidad del régimen de transición, otorgar el beneficio a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida que cumplieran con los requisitos de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema (1° de abril de 1994) tenían 35 o más años de edad si son mujeres o, 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, darles aplicación al régimen legal anterior establecido y en el cual se encontraban afiliados, y en consecuencia, se les reconozca el derecho y se liquide la pensión



en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieran tales requisitos.

Así entonces, en principio, el causante resultaba beneficiario del régimen de transición mencionado, al evidenciarse que al 1° de abril de 1994 contaba con 43 años de edad, como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía obrante en el expediente administrativo (Cd fol. 208).

Sin embargo, mediante el Acto Legislativo 01 de 2005 se adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional relativo al derecho a la seguridad social, y en el párrafo 4° de dicha disposición se impuso un límite temporal al beneficio de la transición, indicando que el mismo no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los trabajadores que, estando en éste régimen, tengan además 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, a los que se les mantendría dicho régimen de transición hasta el año 2014.

Por tanto, pasa la Sala a determinar si de las pruebas allegadas se puede advertir que el causante cumplió con las previsiones de este Acto Legislativo, indicando de manera preliminar que al consumir la edad de 60 años hasta el 13 de octubre de 2010, por nacer el mismo día y año de 1950 (Cd. fol. 208), diáfano es concluir que aquel lineamiento de acceder al derecho pensional antes del año 2010 se advierte imposible de cumplir.

En lo que concierne a la densidad de semanas para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no se encuentran superadas las 750 semanas al denotarse, entre tiempos públicos servidos a favor de la Electrificadora del Tolima S.A. E.S.P. (fl. 40), y los tiempos privados cotizados al otrora ISS hoy Colpensiones (fl. 201), un total de



678,43 semanas, las cuales no incluyen los ciclos reclamados en relación con el empleador Agropijao Ltda. entre el 1º de enero de 1997 y el 31 de diciembre de 2001, pues aun cuando dicho patrono efectuó el pago de los aportes en referencia los días 4 de abril y 7 de abril de 2014, por un total de \$14.807.896 como se certifica a folios 107 a 108, lo cierto es que sobre esos ciclos de cotización no existió afiliación del trabajador, según informó Colpensiones en comunicación SEM-233441 del 30 de septiembre de 2014 obrante en el expediente administrativo (Cd. fl. 208), de manera que dichos tiempos no pueden ser considerados para efectos pensionales, dado que el empleador no reconoció el cálculo actuarial que en efecto liquidó Colpensiones por valor de \$121.781.747, al cual se le abonaron los pagos ya mencionados, de acuerdo a la comunicación de fecha 29 de septiembre de 2015 (Cd. fl. 208).

Al punto, conviene destacar lo que al respecto ha indicado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL082-2021, en la cual al referirse a la mora patronal y a la falta de afiliación del trabajador al Sistema de Seguridad Social en pensiones, indicó:

«Sobre este particular, y siendo un supuesto fáctico indiscutido que el demandante no fue afiliado al régimen pensional por su empleador, basta remitirse a un reciente pronunciamiento en el que esta corporación, revalidando una extensa línea de precedente, distingue entre la «falta de afiliación» y la «mora en el pago de aportes» al sistema general de pensiones, para asignar diversas consecuencias en el plano jurídico: mientras en el primer caso surge el deber de pagar el valor de la suma de dinero representativa de los tiempos en los que no se han efectuado las respectivas cotizaciones por cuenta del empleador omiso, a través de un cálculo actuarial; en el segundo, emerge la obligación de convalidar los tiempos de servicios, si el Fondo involucrado, luego de la afiliación del trabajador, además, omite el ejercicio de las respectivas acciones de cobro. En ese sentido, en CSJ SL5089-2020 la Sala explicó:

En efecto, tal y como lo señaló el Tribunal, a partir de varias sentencias como las CSJ SL9856-2014, SL17300-2014 y CSJ SL14388-2015, esta sala de la Corte ha diferenciado efectivamente los contextos de mora en el pago de los aportes, con los de falta de afiliación del trabajador, y ha precisado que mientras en el primer caso las semanas pueden ser convalidadas para el afiliado, si el respectivo fondo de pensiones no acredita el ejercicio de las acciones de cobro, en el segundo lo que resulta preciso es demostrar la existencia de un empleador omiso en la afiliación, para obligarlo a trasladar a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la correspondiente administradora el valor de un cálculo actuarial, correspondiente a los periodos omitidos.

En reciente sentencia CSJ SL4021-2019, la Corte reiteró al respecto:

Con todo, valga recordar que la decisión del colegiado no se aleja de la jurisprudencia de esta Sala de Casación que ha resaltado las diferencias entre «mora» en el pago de aportes y «falta de afiliación», expresión esta última que se puede asimilar a la omisión en comunicar el ingreso del trabajador por parte del empleador. En el primer caso, se ha señalado que no es admisible que las consecuencias de la omisión del empleador en realizar el pago de las cotizaciones se traslade al afiliado, si antes no se acredita por la administradora que adelantó las gestiones de cobro correspondientes.

Así lo ha adoctrinado esta Sala de la Corte desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802, en la que se concluyó que «[...] las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación».

En el caso de la no afiliación, la Corte sostiene que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación. » (Subraya fuera de texto).

Al verificar entonces que el causante no cumplió los presupuestos para extender el beneficio del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, no es posible concluir como lo hizo la sentenciadora de primera instancia y lo pretende la parte actora, que al fallecer dejó causada la pensión de jubilación por aportes o la pensión de vejez, dado que por efectos de la pérdida de dicho régimen al 31 de julio de 2010, su situación pensional no podía dilucidarse a la luz de la Ley 71 de 1988, ni bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990.

Tampoco puede afirmarse que el afiliado fallecido dejó causada la prestación de vejez conforme a la Ley 100 de 1993, modificada por la



Ley 797 de 2003, pues aunque a la fecha del óbito (6 de julio de 2017) alcanzó 66 años de edad, solo acreditó un total de 787 semanas, como lo reconoció Colpensiones en la Resolución GNR 109328 del 19 de abril de 2016, densidad que no solo incluye los períodos públicos laborados por el causante, sino también los períodos de labor que prestó cuando residió en España (fl. 110); siendo claro que no logró el mínimo de 1300 semanas establecido en la norma en cita.

Dimana de lo dicho que, el señor José Augusto Romero Rondón (q.e.p.d.), no dejó causado el derecho pensional que se reclama, y de contera la demandante no tiene derecho a sustituirlo en condición de cónyuge supérstite, contrario a lo concluido por el Juzgado de primera instancia.

Tempoco se verifica en el caso de marras que, el causante hubiere cotizado 50 semanas dentro de los años anteriores a su deceso, como para considerar causada la pensión de sobrevivientes que se reclamó de manera subsidiaria en el libelo genitor, en la medida que la historia laboral obrante en el paginario (fl. 201 a 206), da cuenta de la última cotización del causante para el ciclo mayo de 2012, siendo ostensible que por los menos durante sus últimos 5 años de vida reporta **cero** semanas de cotización al Sistema General de Pensiones.

Ahora, en lo que respecta al principio de la condición más beneficiosa, como análisis necesario para efectos de determinar el derecho que radica en la actora, debe recordarse que su aplicación no es indefinida, tal como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL4650-2017, Magistrados Ponentes FERNANDO CASTILLO CADENA Y GERARDO BOTERO ZULUAGA, donde se indicó:

«(...) Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la muerte (sic), bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.

No puede la Corte pasar por alto que esta franja de tres años, a más de tornarse razonable y proporcional favorece, a quienes tenían dicha situación concreta al momento del tránsito legislativo.

Es inocultable que si las expectativas legítimas no pueden ser modificadas de manera abrupta o arbitraria, de ahí la razón de ser de la condición más beneficiosa, tampoco pueden permanecer inalterables como si fuesen unos derechos adquiridos. Dicho en breve: no se le puede otorgar el mismo tratamiento y protección a las expectativas legítimas que a los derechos consolidados.

Con tal óptica, es de verse que si los regímenes de transición tienen duración limitada y cuantificable en el tiempo, y que, para algún sector, es posible que el legislador modifique los regímenes de transición con posterioridad a su consagración «porque éstos no pueden ser concebidos como normas pétreas», caben las siguientes preguntas ¿cómo entender que el principio de la condición más beneficiosa sí permanezca en vigor sin límite alguno en el tiempo? Si un régimen de transición no es permanente, ¿bajo qué argumento puede sostenerse que el uso de la condición más beneficiosa sí lo sea? si precisamente, como se explicó, los derechos adquiridos son diferentes a las expectativas legítimas. No hay argumentos que, prima facie, lo justifique.

No se pierda de vista que ha transcurrido más de 13 años desde cuando acaeció el cambio normativo, 29 de enero de 2003, es decir, lapso de tiempo que incluso superó el término del régimen de transición dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, para las pensiones por vejez. Por tanto ¿se justifica mantener con vida lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, más allá del tercer año de vigencia de la Ley 797 de 2003, so pretexto de emplear la condición más beneficiosa, cuando, se repite esta ley dispuso un margen de tres años para satisfacer la densidad de semanas de cotización?



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De suyo, también se cumple con lo asentado por la Sala respecto a la deliberada voluntad del legislador en la reforma introducida al sistema pensional con la Ley 797 de 2003, que propende por asegurar un equilibrio financiero, de manera que los niveles de protección que hoy se ofrezcan, se puedan mantener a largo plazo.

Desde la perspectiva anterior, si la condición más beneficiosa tiene cabida por vía de excepción y su aplicación es restrictiva, no es dable emplearla con un carácter indefinido. Tampoco es factible, en virtud del principio de inescindibilidad de la ley, alterar la normativa que se ha de aplicar en virtud del principio examinado» (Resalta la Sala)

Como en este asunto el deceso acaeció el 6 de julio de 2017, esto es, por fuera del plazo fijado en la jurisprudencia atrás citada para la cesación de los efectos del principio de la condición más beneficiosa, es claro que el caso de la demandante no puede dilucidarse a la luz de la norma anterior a la vigente a la fecha del fallecimiento del causante.

Finalmente, es preciso indicar que en virtud del principio de la condición más beneficiosa, no es dable entrar a analizar el derecho pensional según lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, en tanto, el referido principio no permite entrar a realizar un estudio histórico a efectos de escoger dentro de todas las normas expedidas hasta entonces, aquella que resulte más favorable al trabajador. Como bien lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, como son la sentencia SL-3481 de 2017, en la cual se indicó:

«De otra parte, como la censura invoca el principio de la condición más beneficiosa a fin de que el asunto se resuelva bajo la égida del artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990, es preciso señalar que no es viable dar aplicación a la plus ultractividad de la ley, esto es, hacer una búsqueda de legislaciones anteriores a fin de determinar cuál se ajusta a las condiciones particulares del demandante o cuál resulta ser más favorable, pues con ello se desconoce que las leyes sociales son de aplicación inmediata y, en principio, rigen hacia futuro. Esta ha sido la postura de la Sala expuesta en recientes providencias, entre otras, CSJ SL17768-2016, CSJ SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016, CSJ SL14881-2016, CSJ SL15612-2016, CSJ SL15617-2016,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CSJ SL15960-2016, CSJ SL15965-2016, CSJ SL 1689-2017, CSJ SL1090-2017 y CSJ SL2147-2017.

En ese orden, no era procedente que el Tribunal considerara los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 de manera plus ultractiva como lo pretende la censura, ni siquiera bajo el argumento de acudir al principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política, porque su mandato parte de la existencia de duda en la aplicación o interpretación de normas vigentes, lo que no ocurre en el sub lite» (Acentúa la Sala)

Por lo anterior, como quiera que no se dan los presupuestos liminares para que la demandante acceda a la pensión de sobrevivencia, es por lo que se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a Colpensiones de las pretensiones invocadas en su contra.

COSTAS. Las de primera instancia correrán a cargo de la demandante. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante dado el resultado de la alzada. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$100.000, liquídense en primera instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública virtual celebrada el 26 de enero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **RUTH MARIA CUÉLLAR DE ROMERO** contra la **AMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: COSTAS. Las de primera instancia correrán a cargo de la demandante. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante dado el resultado de la alzada. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$100.000, liquídense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Salva voto

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **SANDRA VIVIANA PÉREZ OROZCO** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los diez (10) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **SANDRA VIVIANA PÉREZ OROZCO** a través de apoderada judicial, pretende se condene a la demandada a reconocerle y pagarle la sustitución pensional, en condición de compañera permanente, con ocasión del fallecimiento del señor Luis Eduardo Olaya (q.e.p.d), a partir del 29 de diciembre de 2017; el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; las costas y agencias en derecho y lo que resulte probado *ultra y extra petita*. (fl. 3 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 4 del expediente digital, en los que en síntesis advierte que convivió en unión libre con el causante por más de 30 años, esto es desde 1987 hasta la fecha del deceso de aquel; que dicha convivencia se dio de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo y lecho con el ánimo de formar una comunidad de vida; que de dicha unión se procreó un hijo, que el causante disfrutaba de una pensión de vejez reconocida por Colpensiones mediante Resolución 44919155 de 30 de agosto de 2014; que el *deujus* falleció el 29 de diciembre de 2017; que elevó reclamación administrativa el 22 de enero de 2018, la cual fue resuelta de forma negativa mediante Acto Administrativo SUB 68703 de 14 de marzo de la misma anualidad.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que al interior del proceso no se logró acreditar el tiempo mínimo de convivencia que exige la norma para que la actora se haga beneficiaria de la prestación pensional, sumó a ello, que tampoco se acreditó el la existencia de una comunidad de vida entre la pareja, pues de las pruebas aportadas a la reclamación



se extrae que la demandante inició una convivencia con el *decujus* a los 11 años de edad y por otra parte, el fallecido pensionado fue de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de la señora Etelvina Díaz Sánchez, aspectos estos que no permiten establecer de forma cierta la existencia del vínculo que atara a la demandante con el causante. **Excepciones:** Formuló las que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, 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, presunción de legalidad de los actor administrativos, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación, prescripción y la innominada o genérica. (fl. 43 a 54 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 25 de noviembre de 2020, resolvió **absolver** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; **declarar** probadas las excepciones propuestas por Colpensiones; **condenar** en costas a la demandante; **ordenar** compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación a fin de investigar la conducta de la demandante. (archivo magnetofónico anexo al expediente digital).

Lo anterior por considerar el *a quo*, que en el presente asunto las pruebas practicadas, y la documental que obra en el plenario no suficientes para acreditar la convivencia de la demandante para con el causante en los términos que prescribe la norma pensional para que la aquí accionante se haga beneficiaria de la prestación deprecada, sumó a ello, que el hecho de denotar la procreación y existencia de dos hijas durante el tiempo que asegura convivió con el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

fallecido pensionado, desvirtúa la continuidad del vínculo afectivo para con el *deujus*. Por último, se constata que el fallecido pensionado fue beneficiario de una sustitución pensional frente a su primera compañera permanente, aspecto este, que por lo menos da cuenta de una separación por un lapso de 7 años para con la demandante.

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, las partes no interpusieron recurso alguno, por lo que la decisión se remitió a fin que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron de la siguiente manera:

Parte demandante: Al descorrer el traslado para alegar de conclusión la parte demandante allegó escrito en el que peticona el reconocimiento de la sustitución pensional, al considerar, en síntesis, que al interior del proceso se logró acreditar los requisitos que imprime la norma pensional para que se haga beneficiaria de la prestación que por esta vía reclama, en tanto convivió con el causante de forma ininterrumpida desde el año 1987 y por más de 30 años, procreándose así un hijo producto de dicha unión, sumó a ello, que de ser posible se debería escuchar los testigos que fueron decretados y que no fueron atendidos por el juez de instancia, bajo el pretexto que aquellos se encontraban en un mismo lugar, no siendo posible exigir que los testigos cuenten con los medios tecnológicos propios para atender la diligencia.



Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la documental que milita a folios 23 a 27 del expediente digital.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, establecer si la señora Sandra Viviana Pérez Orozco, en condición de compañera permanente, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, con ocasión a la muerte del pensionado Luis Eduardo Olaya.

PENSION DE SOBREVIVIENTES

Con miras a resolver la Litis planteada, esta Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 11); registro civil de defunción (fl. 12); copia de la cédula de ciudadanía del causante (fl.13); declaraciones extra proceso (fl. 14 a 20); Resolución SUB 68703 de 14



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de marzo de 2018 (fl. 23 a 27); certificación emitida por la Nueva EPS; registro civil de nacimiento (fl. 31); expedientes administrativos, documental toda esta que se encuentra en medio magnetofónico anexo al expediente digital.

Así mismo, fue absuelto el interrogatorio de parte de la señora Sandra Viviana Pérez Orozco, quien al cuestionársele respecto a la convivencia con el causante señaló que *«Yo lo conocí a él cuando yo tenía 12 años, en los buses en la empresa Universal de Transportes en el paradero, me fui con él de la casa tres veces, después pues bueno, él estuvo detenido por haberse ido conmigo, después lo soltaron, después me fui con él, quedé esperando a mi hijo y ahí vivimos juntos, sí señor, toda la vida»*, seguido, al cuestionársele en torno a si se procrearon hijos producto de la unión aseguró que un varón; sin embargo, fuera de la relación y estando vigente la misma, procreo dos hijas, al respecto manifestó que *«Pues no sé sumercé, la verdad fue amores que se me cruzaron y tuve mis hijas, él me dijo que tuviera otros más hijos que no me iba a reprochar eso porque igual la diferencia de edad»*, por último, al indagarse respecto a si hubo interrupciones en la convivencia al haberse procreado a las hijas, la demandante afirmó que *«Él se iba a trabajar, él trabajaba en celador, pero yo lo que entiendo que a mitad de precio, duraba un tiempo por allá, 3, 4 días, una semana, 20 días, sin embargo, yo iba donde él estaba y pues, yo volví, él volvía, ya él empezó pues su tomadera, entonces...»*, pese a lo anterior, aseguró que la convivencia fue ininterrumpida hasta el día del deceso del fallecido pensionado.

A su turno, fue escuchado el testimonio de Jairo Alberto Ramírez Núñez, quien al unísono y de forma consistente afirmó conocer al causante y a la demandante debido a que compartió labores con aquella última, al indagársele en torno la convivencia de la pareja señaló que *«Bueno, eh, ellos convivían bien, ellos vivían juntos con el muchacho y todo, pues de forma regular, de forma normal, yo no vi pues alguna variación, anomalía o alguna diferencia a ese respecto»*, y al preguntársele desde cuando le constaba dicha unión, aquel aseguró que *«Pues a ver, yo cuando ya yo conocí a Sandra Viviana ellos ya convivían, ya estaban, pues no sé desde cuando ellos iniciarían, eso si no lo recuerdo»*, sumando que *«Si eso fue más o menos como en el*



año 91, 92 algo así por ahí por esos años», al cuestionársele hasta cuando duró la relación aquel adujo que «Pues a mí me consta que incluso hasta el 2017, cuando nos volvimos a reencontrar a seguir laborando en la distribución de la publicidad, convivía con él y estaba al tanto de él, incluso ya enfermo, creo que si no estoy mal murió ese mismo año». Por último, al indagársele respecto a si la demandante tuvo o había tenido más hijos, contestó que no le constaba y no conocía la existencia de las hijas de la demandante.

Efectuadas las anteriores precisiones, esta Sala procede a desarrollar el *sub judice* planteado en líneas anteriores, no sin antes precisar que respecto a la prestación pensional deprecada en el *libelo*, diferente a las pensiones de vejez e invalidez, el afiliado causante y los posibles beneficiarios de la prestación deben cumplir separadamente dos clases de requisitos, a saber, al *de cujus* le correspondía dejar reconocido el derecho a la pensión bien de vejez o invalidez o una densidad de semanas de cotización, y por su parte, los beneficiarios deben acreditar su cualificación legal, ello es, demostrar mediante prueba idónea su calidad respecto del causante, o la dependencia económica cuando se refiere a hijos discapacitados o padres; aclarando que ambos pedimentos deben concurrir para la causación de la pensión de sobrevivientes.

Es menester precisar que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado que es la fecha de fallecimiento del pensionado o afiliado es la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 29 de diciembre de 2017, como da cuenta el Registro Civil de Defunción obrante en el expediente y que reposa a folio 12 de las diligencias, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma que estipula:

«**ARTÍCULO 13.** Los artículos [47](#) y [74](#) quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

(...)

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente».

De cara a lo anterior, no existe duda de la calidad de pensionado del señor Luis Eduardo Olaya (q.e.p.d.), en tanto la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones mediante Resolución GNR 315163 de 22 de noviembre de 2013, le reconoció una pensión de vejez en cumplimiento de una orden judicial, a partir del 1° de diciembre de 2013 en cuantía inicial de \$589.500. (fl. 1 a 5 del expediente administrativo del causante adjunto en medio digital).

En lo que respecta a la convivencia de la señora Sandra Viviana Pérez Orozco con el causante, al expediente fueron incorporadas sendas declaraciones extra proceso rendidas por Jairo Alberto Ramírez Núñez, Wilson Enrique Arévalo Ruiz y José Ramiro Martínez Montoya, quienes al unísono dieron fe de la cohabitación de la pareja conformada por la demandante y el fallecido pensionado, por un espacio de más de 10 y 25 años de forma ininterrumpida y hasta la fecha del deceso de aquel, en la que compartieron techo, lecho y mesa, procreándose de esa unión un hijo de nombre Luis Alfredo Olaya Pérez, tal como se advierte de la documental obrante a folios 14 a 20 del expediente digital, de las cuales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

se solicitó ratificación por parte de los deponentes, compareciendo únicamente el señor Jairo Alberto Ramírez Núñez.

De esta manera, se recepcionó el testimonio del citado Ramírez Núñez, quien al unísono con lo declarado por la demandante dio fe de la cohabitación del causante con aquella, sin tener mayor detalle de la relación afectiva allí desplegada, contrario a ello, se incurre por parte del deponente en contradicciones con lo afirmado en la declaración extra proceso rendida ante la Notaría Sexta del Circulo de Bogotá el 22 de enero de 2018, pues en dicha oportunidad afirmó que *«Declaro bajo la gravedad de juramento que conozco de vista, durante más de 20 años al señor Luis Eduardo Olaya... y por tal razón declaro que en el momento de su fallecimiento convivía en UNIÓN MARITAL DE HECHO con la señora SANDRA VIVIANA PEREZ OROZCO... compartían techo, lecho y mesa desde el año 1987 hasta la fecha de fallecimiento...»*, entre tanto ante el estrado judicial, al cuestionársele sobre el mismo aspecto señaló que *«Pues a ver, yo cuando ya yo conocí a Sandra Viviana ellos ya convivían, ya estaban, pues no sé desde cuando ellos iniciarían, eso si no lo recuerdo»*, sumado a que, pese a aducir que daba fe de la convivencia de la pareja ya antes referida y visitar esporádicamente a la misma, señaló no conocerle hijos a la demandante diferentes a Luis Alfredo Olaya Pérez, aspecto este que es totalmente contradictorio con lo confesado por la señora Pérez Orozco quien afirmó haber procreado dos hijas más.

A lo anterior se suma, que el extinto Instituto de los Seguros Sociales mediante Resolución 20853 de 9 de mayo de 2009, le reconoció al señor Luis Eduardo Olaya (q.e.p.d.), la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de la señora Etelvina Díaz Sánchez, en condición de compañero permanente al acreditar los pedimentos legales contemplados en la norma pensional, prestación que fue reconocida a partir del 24 de octubre de 2007, aspecto este que permite inferir, que contrario a lo manifestado por la aquí demandante, por lo menos, antes del 24 de octubre de 2007 y por un espacio no inferior a 5 años, debió mediar una separación o interrupción en la relación que sostenía con



el señor Olaya, pues como soporte para acceder el *decujus* a esa prestación se aportó declaración extra proceso rendida por aquel en la que afirmó haber sostenido una convivencia con la señora Díaz Sánchez por un lapso de 7 años, compartiendo techo, lecho y mesa de forma permanente e ininterrumpida, documental que no fue desconocida por la promotora del juicio y sobre la cual no se ejerció oposición alguna.

Dimana de lo precedente, de un análisis en conjunto del material probatorio recaudado en primera instancia (arts. 60 y 61 CPL), que si bien es cierto, la señora Sandra Viviana Pérez Orozco y el señor Luis Fernando Palomino Álvarez iniciaron una convivencia aproximadamente desde el año 1988, data para la cual la accionante contaba con la edad de 12 años de edad, por lo que al decir de aquella, el causante fue detenido y privado de su libertad, y que en desarrollo de dicha unión se procreó un hijo de nombre Luis Alfredo Olaya Pérez, infiriéndose así que en efecto en algún momento existió una relación entre la demandante y el fallecido pensionado, no menos cierto es, que en lo referente a que la convivencia se haya extendido hasta el día del fallecimiento del *decujus*, no obra prueba que logre acreditar de forma cristalina tal aspecto, pues nótese como en el *sub lite* se aprecian una serie de contradicciones existentes en el dicho de la accionante y lo acreditado con la prueba documental en sede administrativa, así como la inconsistencia del testimonio traído a juicio y lo rendido por el deponente de forma extra procesal.

Y es que para la Sala resulta de gran relevancia, que pesa a haberse exigido la ratificación de las declaraciones extra proceso acopiadas al informativo, tan sólo el testigo Jairo Alberto Ramírez Núñez compareció a atestiguar, deviniendo disímil su dicho en sede judicial a aquel vertido ante la Notaría Sexta del Circulo de Bogotá, inconsistencias que valoradas en conjunto, no le permiten a la demandante acreditar el



requisito de convivencia mínima que exige la norma pensional para que aquella se haga beneficiaria de la prestación pensional que por esta vía reclama.

Por todo lo hasta aquí dicho, es que, para la Sala, las pretensiones elevadas por la demandante no están llamadas a prosperar, en tanto, como se explicó en precedencia, en el presente asunto no se cumple con las exigencias normativa que abren paso al reconocimiento del derecho pensional deprecado. En tal virtud, no le queda otro camino a esta Corporación que confirmar la sentencia apelada.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda sin lugar a su imposición dado que el conocimiento en el presente asunto se asumió en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 25 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **SANDRA VIVIANA PÉREZ OROZCO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda sin lugar a su imposición dado que el conocimiento en el presente asunto se asumió en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ÓSCAR IVÁN BARBOSA FANDIÑO** CONTRA LA **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ D.C. E.S.P.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los diez (10) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



SENTENCIA

DEMANDA: El señor **ÓSCAR IVÁN BARBOSA FANDIÑO** a través de apoderado judicial, pretende se declare que en los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP., y el Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territorios de Colombia – Sintraemsdes, el 24 de noviembre de 2015, se pactó que los contratos de trabajo de quienes se encontraran vinculados a la empresa para la fecha de la firma de dicho instrumento convencional, son a término indefinido; que es beneficiario de la citada convención; en consecuencia, que el contrato de trabajo que lo ata con la encartada es a término indefinido y deberá aquella efectuar las modificaciones a que haya lugar. (fl. 236 a 238 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 238 a 246 de las diligencias, en los que en síntesis advierte que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP., es una Entidad Industrial del Distrito Capital cuyos servidores públicos son trabajadores oficiales; que los trabajadores de la encartada crearon la Organización Sindical de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territorios de Colombia –Sintraemsdes; que el 24 de noviembre de 2015, se celebró entre la citada Entidad y Sintraemsdes Convención Colectiva de Trabajo; que el artículo 57 del referido acuerdo convencional establece que los trabajadores vinculados para el 24 de noviembre de 2015, lo harán mediante contrato a término indefinido; que el artículo 58 de la convención colectiva prevé las únicas formas en que la demandada puede contratar a término fijo; que se vinculó con la accionada mediante contrato de trabajo a término fijo el 2 de enero de 2013; que



el plazo pactado para el fenecimiento del vínculo contractual fue el 1° de julio de 2013; que el cargo para el cual fue contratado fue el de Auxiliar Administrativo nivel 32; que el vínculo que ata a las partes ha sido objeto de sucesivas prórrogas desde el 2 de julio de 2013 al 31 de diciembre de 2019; que el cargo que viene desempeñando no es un trabajo ocasional o transitorio y tampoco constituye una obra o labor contratada; que se encuentra afiliado a la Organización Sindical Sintraemsdes y es beneficiario de la Convención Colectiva celebrada entre este y la Entidad demandada; que el 7 de junio de 2019, elevó reclamación administrativa, la cual fue resuelta desfavorablemente el 2 de julio de 2019; que la accionada abrió concurso de méritos para proveer el cargo que viene ejerciendo.

CONTESTACIÓN: La demandada **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP.**, a través de apoderado judicial describió el traslado de la demanda, oportunidad en la que se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas en el escrito demandatorio, al considerar, en esencia, que si bien la Convención Colectiva de Trabajo predica dentro de su articulado que dada la naturaleza de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá –ESP, los trabajadores a su servicio deben ser vinculados a término indefinido, la misma norma señala que para que ello ocurra, se debe adelantar proceso de selección o concurso de mérito, como lo disponen los artículos 42 y 53 del cuerpo convencional, sumó a ello, que el demandante pretende que se le dé una aplicación desigual al cuerpo convencional, beneficiándose por encima de otros trabajadores sin justificación alguna. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe de la demandada, mala fe del demandante y la genérica. (fl. 270 a 324 del expediente digital).



DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 1° de febrero de 2021, **declarar** que el demandante se encuentra afiliado al Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territorios de Colombia – Sintraemsdes, y es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 24 de noviembre de 2015; **declarar** que la EAAB se encontraba facultada para celebrar contratos a término fijo con el demandante hasta el 30 de noviembre de 2020, fecha para la cual ingresaría el demandante por contrato a término fijo si se llega a presentar una vacante, el actor puede ser vinculado por contrato a término indefinido dado que se encuentra en lista de elegibles de la Convocatoria G1-41-171-50 para el cargo de conductor; **absolver** a la encartada de las demás pretensiones de la demanda; condenar en costas a la parte actora. (archivo magnetofónico anexo al expediente digital).

Lo anterior por considerar el *a quo* que en el presente asunto se tiene que el demandante fue vinculado con la empresa el 2 de enero de 2013, fecha para la cual no se encontraba vigente la convención colectiva de trabajo 2014-2015, existiendo una segunda vinculación en el 2015, prorrogada sucesivamente hasta el 2019, ahora bien, el artículo 49 de la Convención Colectiva dispuso un régimen de transición para la vinculación de personal por un periodo de 5 años, esto es del 1° de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020, con el objetivo de facilitar el ingreso del personal con contrato a término indefinido por medio del concurso de méritos, a la planta global de la empresa; entre tanto, el artículo 51 permitió la contratación mediante vinculación a término fijo para los empleados que se desempeñan en procesos comerciales y operativos del Acueducto y los



trabajadores del sector comercial del Aseo, inicialmente por 13 meses, prorrogables automáticamente. En ese orden, siendo el demandante Auxiliar Administrativo, se encuentra dentro de las excepciones de la norma convencional, por lo que la empresa se encontraba autorizada para contratar al accionante mediante contratos a término fijo hasta tanto se adelante el concurso de méritos como lo prevé la convención aludida.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante **ÓSCAR IVÁN BARBOSA FANDIÑO**, interpuso recurso de alzada, en el que solicita la revocatoria de la sentencia impugnada, al considerar, en esencia, que la providencia desconoció la aplicación del principio de favorabilidad, al existir choque entre las normas transicionales y aquellas contempladas en el capítulo de estabilidad laboral, sumó a ello, que el sentenciador de primera instancia no tuvo en cuenta que las preceptivas transicionales perdieron vigencia el 30 de noviembre de 2020, por lo que resulta imposible su aplicación en el *sublite*, abriéndose paso a la preceptivas de los artículos 57 y 58 del cuerpo convencional. Por último, señaló que la norma convencional prevista en el artículo 57 es diáfana en señalar la imposibilidad de contratación mediante contratos a término fijo, fuera de las excepciones establecidas en el artículo 58 *ejusdem*.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: En la oportunidad procesal otorgada, la parte actora allegó escrito de alegaciones de conclusión, en el que peticiona



la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, en síntesis, que al interior del proceso se efectuó una indebida valoración probatoria pues se omitió apreciar el Acuerdo 24 de 20 de noviembre de 2015, emitido por la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, por medio del cual se crearon 1.993 cargos dentro de los cuales se encuentra el de Auxiliar Administrativo Nivel 32, mismo que desempeña actualmente, de haberse valorado la prueba se hubiese percatado el sentenciador que desde hace 5 años el cargo del trabajador es de carácter indefinido, sumó a ello, que en el presente asunto se debió dar aplicación al principio de favorabilidad contenido en los artículos 53 de la C.N., y 21 del C.S.T., Por último señaló que el artículo 43 del C.S.T., hace relación a las cláusulas ineficaces, el cual tuvo alcance en el artículo 1° de la Convención Colectiva de la que se pretenden el beneficio, al disponer que será ineficaz toda interpretación directa o indirecta que desmejoren los derechos adquiridos por los trabajadores.

Parte demandada: La demandada **Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP.**, al descorrer el traslado para alegar de conclusión petitionó la denegación de las pretensiones incoadas en el libelo introductorio, al considerar que si bien las Convenciones Colectivas de Trabajo vigentes predicán dentro de su articulado que dada la naturaleza jurídica de la EAAB-ESP, los trabajadores a su servicio deben ser vinculados a término indefinido, la misma normativa señala que para esto se debe adelantar proceso de selección o concurso de mérito, como lo dispone desde su mismo preámbulo, los Artículos 42, 51 y 53 de la Convención Colectiva de Trabajo años 2015-2019, suscrita con la organización sindical Sintraemsdes Subdirectiva Bogotá, quedando claro no solo la necesidad de realizar el concurso de méritos para acceder a los cargos de la planta definitiva, si no la preferencia que la empresa le otorga a las personas que ya se encuentran vinculadas laboralmente con la entidad inicialmente abriendo la convocatoria para ellos, sumó a lo anterior, que si bien se



pactó que la EAAB ESP contrataría siempre a su personal mediante contratos a término indefinido, solo pudiendo contratar a término fijo en unos casos particulares como licencias, vacaciones definitivas y actividades transitorias, de la misma forma se pactó un plazo de gracia para la implementación de lo acordado pudiendo la empresa contratar a término fijo mientras se realizaba el concurso de méritos.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por la parte accionada en la contestación de la demanda y los fundamentos dados en el recurso de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver si le asiste derecho al actor a que la demandada le modifique la modalidad contractual y registre en el contrato de trabajo que los ata, que la vinculación laboral con la entidad es a término indefinido conforme a las previsiones de los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva suscrita el 24 de noviembre de 2015 entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP., y la Organización sindical Sintraemsdes.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el art. 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende del



documento obrante a folios 73 a 102 del expediente digital, de la que se desprende que el accionante solicitó de la encartada la modificación y/o aclaración del contrato de trabajo que ata a las partes, en cuanto a señalar que el término de duración del mismo es indefinido.

RELACIÓN LABORAL

No es objeto de controversia en esta instancia la existencia de un vínculo laboral que ata a las partes aquí intervinientes, en tanto dicha situación fue aceptada por la demandada al contestar la demanda, aunado lo anterior, de la documental que reposa a folio 63 del informativo consistente en certificación emitida por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, la encartada acreditó que el demandante fue vinculado a la Entidad mediante diversos contratos de trabajo a término fijo desde el 2 de noviembre de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2019.

DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA

Persigue el demandante se declare que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 24 de noviembre de 2015, entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP y la Organización sindical Sintraemsdes 2015-2019, aspecto este que tampoco es objeto de debate en esta segunda instancia pues así fue declarado por el a quo, sin que la encartada ejerciera oposición frente a este aspecto, de igual modo, tal aspecto se acredita de la documental que gravita a folios 108 a 210 del expediente digital, contentiva del documento convencional con su respectiva constancia de depósito, en la que se advierte que el actor es beneficiario de dicho acuerdo convencional.



DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN EL ACUERDO CONVENCIONAL

Ruega la parte demandante por la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en la interpretación del cuerpo convencional, para de esta manera impartir orden a favor suya y en contra de la accionada, encaminada a que se registre en su contrato de trabajo la modificación de la modalidad contractual, en aplicación de los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 24 de noviembre de 2015 entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP y la Organización sindical Sintraemsdes 2015-2019, pues a su sentir, no le es dable a la accionada vincular personal mediante contratos de trabajo a término fijo.

Pues bien, para dilucidar la controversia aquí planteada comienza la Sala por indicar, que el principio de la condición más beneficiosa se encuentra contemplado en el artículo 21 del C.S.T., norma que establece que *«En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad»*, entre tanto, el artículo 53 de la Constitución Nacional preceptúa que *«La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales»*, y a continuación los relaciona así *«Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad»*.



Bajo esta orientación, el principio de la condición más beneficiosa en materia laboral busca la prevalencia en la aplicación de la norma más favorable para el trabajador en casos en los que se presenta conflicto o duda sobre la aplicación de las normas vigentes, principio que tiene un fundamento no solo legal sino constitucional, diferenciándose del principio in dubio pro operario en cuanto este último, hace referencia a la resolución de dudas a favor del trabajador, frente a la interpretación de una norma que no entra en conflicto con otra de similar estirpe, empero ofrece un manto de duda respecto a su aplicación.

Ahora bien, en materia convencional, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicación SL 351 de 2018, al estudiar la forma en que se deben analizar los contenidos normativos incorporados en las convenciones colectivas de trabajo adoctrinó que *«La Corte debe insistir en este punto en que, a partir de parámetros objetivos como la filosofía del ordenamiento jurídico relacionado con el trabajo, la coherencia de un texto convencional, entendido como un todo, su lectura integral y uniforme, el espíritu razonable de las disposiciones y la voluntad sistemática de las partes, entre otros, es posible reconocer un marco legítimo dentro del cual las partes pueden albergar dudas razonables respecto de ciertas cláusulas. Como toda norma jurídica, la convención colectiva cuenta con un marco de interpretación razonable, que les da autonomía a las partes y al juez para decidir lo más adecuado, de entre varias opciones plausibles, pero que, a la vez, niega la validez de lecturas inaceptables, que traicionan abiertamente el contexto en el que se producen o que resultan ilógicas, irrazonables y desproporcionadas»*.

A su turno, la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-113 de 2018, al estudiar la procedencia de la aplicación del principio de favorabilidad en asuntos en los que se debate aspectos propios de los acuerdos convencionales enseñó que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«En el escenario de los conflictos de trabajo, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, **no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales** reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, **ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan** como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. (...)

Si una norma -incluyendo las convenciones colectivas de trabajo, según la dogmática que precede-, admite varias posibilidades de interpretación, **es deber del juez aplicar la que resulta más benéfica para el trabajador,** pues en caso contrario, se vulneraría el derecho fundamental al debido proceso y el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 Superior.»

Del anterior contexto normativo y jurisprudencial se extrae que en tratándose de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, sin importar si se tratan de normas legales o convencionales, el operador judicial se encuentra conminado a dar aplicación a la disposición que más le favorezca al trabajador, siempre que coexistan diversas interpretaciones frente la norma a aplicar en la resolución del caso, quiere decir esto, que en los eventos en que la disposición legal o el clausulado convencional ofrece diversas posibilidades de interpretación, el juez laboral está llamado a aplicar prescripción que le sea menos lesiva a quien pretende beneficiarse de aquella.

Pese a lo anterior, esto sucede siempre que de una misma norma se desprendan varias interpretaciones y no, cuando habiendo varias disposiciones normativas, una de ellas le sea más favorable que la otra, pues memórese que, en materia de interpretación convencional, la coherencia de un texto consensual se debe examinar entendiendo aquel como un todo, lo que implica una lectura integral y uniforme, ya que el espíritu razonable de las disposiciones se encuentra atado a la voluntad sistemática que las partes le dan a la disposición que regulará la relación de trabajo.



En el caso de autos, no puede entenderse que se omitió la aplicación del principio de favorabilidad, en tanto al sentir del censor, el juez desestimó los preceptos contenidos en el capítulo del cuerpo convencional en el que se contempla la estabilidad laboral, y dio prevalencia al acápite de normas transicionales, pues notase como dichas estipulaciones no entran en contradicción, sino por el contrario, armonizan la vigencia de las normas que regularan las relaciones contractuales de quienes se benefician de la Convención Colectiva de Trabajo, haciéndose necesaria su interpretación de forma sistemática y armónica, y no como lo pretende el actor, de forma separada y disconsonante.

Lo anterior se afirma, si se tiene en cuenta que la Convención Colectiva 2015-2019, suscrita por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP., y la Organización Sindical –Sintraemsdes el 24 de noviembre de 2015, en su artículo 1° consagra que «*RECONOCIMIENTO PREVALENTE DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA: Las partes acuerdan que en relación con las Convenciones Colectivas de Trabajo cualquier interpretación que directa o indirectamente desmejore los derechos adquiridos de los trabajadores de LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTA E.S.P en Convenciones Colectivas anteriores, será ineficaz y no producirá ningún efecto frente a los beneficiarios. En consecuencia quedarán vigentes las cláusulas convencionales más favorables para los trabajadores y la Empresa se compromete a dar cumplimiento al principio de favorabilidad*», preceptiva que contempla la aplicación del principio de favorabilidad, ante la ocurrencia de desmejoras en las condiciones laborales de los beneficiarios del cuerpo convencional respecto a derechos adquiridos en convenciones anteriores, siempre que el nuevo acuerdo resulte desventajoso frente al ya negociado con anterioridad.

A su turno, el artículo 7° de la convención *ejusdem*, prevé el principio de favorabilidad en los siguientes términos «*La EAB-ESP se compromete a continuar cumpliendo y aplicando el régimen laboral y prestacional pactado en*



convenciones colectivas y los más favorables que otorgue la ley. En caso de conflicto de aplicación de normas prevalecerá la más favorable para el trabajador...», norma que se acompasa con lo dispuesto en el articulado citado inmediatamente anterior, pues de su redacción se logra establecer de forma clara que el principio de favorabilidad operará siempre que se encuentre una colisión entre normas propias de la convención actual y convenciones pasadas, agregándose la favorabilidad frente a disposiciones de estirpe legal, siempre que se susciten desmejoras en los derechos adquiridos.

Bajo esta óptica, es que para esta Sala de Decisión, los reparos formulados por el apelante no encuentran vocación de prosperidad en lo que a la aplicación del principio de favorabilidad se refiere, pues del articulado traído a colación se logra establecer, sin lugar a dubitación alguna, que dicho principio opera únicamente en los eventos en que la convención colectiva vigente contenga normas o clausulados que resulten lesivos a los derechos ya adquiridos por los beneficiarios de la norma convencional, sin que pueda aplicarse a los preceptos contenidos dentro de la misma en la vigencia 2015-2019, pues se itera, el deber interpretativo de los clausulados convencionales debe estar sujeto a la integralidad sistemática del mismo, y no de una intelección aislada de las preceptivas allí contenidas, pues de procederse así, se entraría a desdibujar el espíritu razonable de las disposiciones y la voluntad metodológica de las partes.

DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE TÉRMINO FIJO A TÉRMINO INDEFINIDO

Persigue el promotor del juicio, la aplicación de los artículos 57 y 58 de la pluricitada convención colectiva suscrita entre la EAAB y la Organización Sindical Sintraemsdes, en el entendido de modificar la modalidad contractual bajo la cual se vinculó con la demandada, para



de este modo registrar que su contrato de trabajo es a término indefinido.

Para resolver se tiene que, el artículo 49 del citado documento convencional estipula que:

«REGIMEN DE TRANSICIÓN: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años, el cual inicia a partir del próximo primero (1) de diciembre del años 2015 y termina el (30) de noviembre del años 2020, para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP. Durante el Régimen de Transición se hará aplicación diferenciada de los derechos con respecto al régimen (3) de la actual convención colectiva de trabajo en salud, préstamo de vivienda, prima de productividad y Colegio Ramón B. Jimeno. A partir del primer día del sexto año de vinculación a la Empresa, tendrán todos los derechos convencionales que otorga al trabajador del régimen (3) de la presente convención colectiva de trabajo.

Parágrafo: Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicaran las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo, luego del cual seguirá vinculado con las condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente»

Por su parte, el artículo 57 *ejusdem* señala que:

«CLASE DE CONTRATO: Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores, serán celebrados a término indefinido. La Empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de méritos con los criterios del escalafón.

Respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo»

Por otra parte, el artículo 58 del citado cuerpo convencional estipuló que:

«CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO Y A TERMINO FIJO: La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos



a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.

De manera excepcional la Empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo, única y exclusivamente en los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cuales se realizarán.

Así mismo, se autoriza en caso de vacancias definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá ser en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar.

(...)

En ningún caso podrá vincularse el trabajador mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento»

Del articulado en comentario se logra extraer, que en tratándose de vinculación de empleados a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, la convención colectiva con vigencia 2015-2019, previo que todo trabajador que sea vinculado a partir del momento de suscripción del acuerdo convencional deberá hacerse mediante contrato de trabajo a término indefinido, salvo aquellos funcionarios que sean vinculados para la realización de una obra o labor determinada, la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, reemplazo de personal en vacaciones o en licencia o en caso de vacancias definitivas, evento en el cual el plazo no podrá ser superior a cinco meses.

Pese a lo anterior, esta regla general debe ser acompañada, con lo dispuesto en el artículo 49 de la citada convención, el cual establece un régimen de transición de 5 años para facilitar la vinculación de trabajadores a término indefinido, eso sí, previa acreditación y superación del concurso de méritos. Lo anterior dándole una interpretación armónica al cuerpo convencional.



En el *sub lite*, se tiene que en un primer momento el demandante fue vinculado mediante contrato de trabajo a término fijo en el cargo de Auxiliar Administrativo Nivel 32 de la División de atención al cliente zona uno, el 2 de enero de 2013, vinculación que fue objeto de prorrogas hasta el 30 de noviembre de 2015, tal como se desprende de la documental que reposa a folio 63 del informativo, interregno para el cual aún no se encontraba vigente el acuerdo convencional objeto de estudio en esta instancia.

Seguido a ello, mediante contrato 37036770, el demandante se vinculó con la encartada a partir del 2 de diciembre de 2015, mediante contrato de trabajo a término fijo con una duración de 12 meses, mismo que fue objeto de prorrogas hasta el 31 de diciembre de 2019, ejecutando la labor de Auxiliar Administrativo Nivel 32 de la División de atención al cliente zona uno, momento para el cual ya se encontraba en vigor el clausulado convencional con vigencia 2015-2019.

De suerte que, en principio, si bien para la vinculación de 2 de diciembre de 2015, el accionante fue contratado mediante contrato de trabajo a término fijo, siendo beneficiario de la convención colectiva de trabajo, lo que conllevaría a dar aplicación a las disposiciones de los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva 2015-2019, lo cierto es, en atención a la transición contemplada en el artículo 49 de la misma norma convencional, el señor Barbosa Fandiño se encontraba dentro de aquel plazo de fijado de 5 años para que la empresa pudiese contratarlo mediante la modalidad de contrato de trabajo a término fijo, restándole al accionante acreditar la superación del concurso de méritos para acceder a la modificación de su modalidad contractual, requisito *sine qua non*, para acceder a la planta global de personal de la Entidad demandada.



Es así como, el demandante se inscribió y participó en las siguientes convocatorias adelantadas por la Universidad Nacional de Colombia dentro del proyecto de concurso EAAB-ESP 2019, i) Tecnólogo Administrativo Nivel 31, ii) Conductor Operativo Nivel 41 y iii) Auxiliar Administrativo Nivel 32, obteniendo resultado desfavorable respecto de los cargos Tecnólogo Administrativo Nivel y Auxiliar Administrativo Nivel 32, al no obtener la nota mínima aprobatoria, en tanto aprobó y se encuentra en lista de elegibles en el puesto 36 para el cargo de Conductor Operativo Nivel 41. (fl. 44 del archivo denominado pruebas decretadas de oficio, anexo al expediente digital).

Pues bien, como quiera que para acceder a la vinculación mediante contrato de trabajo a término indefinido o la modificación de la naturaleza del contrato inicialmente pactado, se hace necesaria la aprobación del concurso de méritos, es que surge patente para esta Corporación que al señor Óscar Iván Barbosa Fandiño, no le asiste derecho a que la modificación pretendida, en tanto si bien se presentó a la convocatoria del empleo que actualmente ejerce, no superó el puntaje mínimo aprobatorio para acceder al cargo, sin embargo, tal como lo señaló el sentenciador de primer grado, al haber superado y conformado la lista de elegibles en el cargo de Conductor Operativo Nivel 41, le asistirá derecho una vez se suplan las vacantes conforme la integración de la lista de elegibles.

Por último, en la medida en que se censura por parte del accionante la vigencia del clausulado convencional transicional, pues a su sentir dejó de operar el 30 de noviembre de 2020, debe señalarse, que al momento en que suscribió el contrato de trabajo a término fijo, esta era la norma que gobernaba la materia; razón por la cual, en su caso particular si resulta aplicable el artículo 49 de la Convención Colectiva de Trabajo con vigencia 2015-2019, en tanto no hubo vinculación nueva que interrumpiera o le hiciera beneficiario de las preceptos 57 y 58 de la



norma *ejusdem*, al entenderse que el vínculo inicialmente pactado fue sujeto de sucesivas prórrogas que mantuvieron el componente del vínculo inicial que lo ató con la encartada.

En virtud de todo lo expuesto, es que habrá de ser confirmada la providencia apelada.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandante, dado el resultado de la alzada. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 1° de febrero de 2021, en el proceso ordinario laboral promovido por **ÓSCAR IVÁN BARBOSA FANDIÑO** contra la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ D.C. E.S.P**, en atención a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS: Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

demandante, dado el resultado de la alzada. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$300.000.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **HERNÁN VANEGAS GIRALDO** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los diez (10) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: El señor **HERNÁN VANEGAS GIRALDO** por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que previo el trámite procesal correspondiente se declare que la pensión más favorable es aquella que le fue reconocida por invalidez el 20 de junio de 2011; que la demandada desmejoró sus condiciones pensionales al dejar de reconocer la mesada 14; que tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por compañera permanente; en consecuencia solicita, se condene a la demandada a dejar sin efecto alguno la Resolución SUB 57014 de 28 de febrero de 2018, para en su lugar dejar con vigencia la Resolución 2085 de 20 de junio de 2011; condenar a la encartada a continuar pagando la pensión de invalidez al resultar más favorable; a reconocer y pagar la prestación en 14 mesadas al año; el pago de los intereses moratorios y corrientes ante la ausencia de pago de la mesada 14; al pago del incremento del 14% de la mesada pensional por compañera permanente a cargo. (fl 6 y 7)

Fundamenta sus pretensiones en los hechos que se encuentran relacionados a folios 5 y 6 de las diligencias, en los que en síntesis indica que convive con la señora Consuelo Vargas González desde el mes de mayo de 1976 a la fecha; que de dicha unión se procrearon cuatro hijos; que le fue reconocida una pensión de invalidez a partir del 20 de enero de 2010, en cuantía inicial de \$717.627; que no puede desempeñar labores cotidianas tales como vestirse, bañarse, salir, entre otras, en tanto padece de una pérdida de capacidad laboral del 68.32%; que su compañera permanente se ha dedicado a cuidarlo, razón por la cual depende económicamente de él; que la señora Vargas González depende económicamente de aquel; que el 14 de diciembre de 2014, solicitó de Colpensiones el incremento pensional del 14%,



petición que fue negada; que en el 28 de febrero de 2018, la demandada le reconoció pensión de vejez; que la Entidad realizó una conversión entre la mesada pensional que percibía por concepto de invalidez y aquella que resultaría de la de vejez, conservándole el valor pagado en la primera de ellas al resultar superior; que en el mes de junio la accionada no le canceló la mesada adicional del mes de junio, en atención a la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez; que formuló reclamación administrativa el 12 de julio de 2018, en la que petitionó la migración nuevamente a la pensión de invalidez, la cual fue negada el 1° de agosto de la misma anualidad.

CONTESTACIÓN La accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, al descorrer el traslado de la demanda, ejerció oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en el escrito inaugural, al considerar que en lo referente al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por compañera permanente a cargo, el mismo no resulta procedente en tanto la pensión de invalidez se reconoció bajo los preceptos de la Ley 860 de 2003 y no bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, sumó a ello, que tampoco resulta procedente efectuar la conversión solicitada en tanto fue el mismo demandante quien petitionó a Colpensiones la migración pensional al acreditar los requisitos para acceder a la pensión de vejez; del mismo modo señaló que se le respetó el monto pensional y que resulta mas favorable la prestación de vejez ya que es vitalicia mientras que la pensión de invalidez tiene un carácter temporal. **Excepciones:** Formuló las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, no configuración de pago de intereses moratorios, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y la declaratoria de otras excepciones. (fl. 47 a 55)



DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 13 de noviembre de 2020, resolvió **declarar** la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir; **absolver** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra y **condenar** en costas a la parte demandante. (Cd. Fl. 65).

Lo anterior por considerar el *a quo*, que en el presente asunto, aun cuando el demandante se duele de la ausencia de reconocimiento de la mesada 14, la cual le fue suprimida al momento de reconocérsele la pensión de vejez, misma venía disfrutando con la pensión de invalidez, lo cierto es que esta conversión de la pensión de invalidez a pensión de vejez es una transformación que surge, en primera medida, porque se elevó solicitud por parte del actor ante Colpensiones en pro del reconocimiento de la pensión de vejez, aunado a que, dicho cambio se hace en virtud de un mandato legal.

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, las partes no interpusieron recurso alguno, por lo que la decisión se remitió a fin que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandada: Al descorrer el traslado para alegar de conclusión la demandada **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** petitionó la confirmación de la sentencia apelada, al considerar, en esencia, que en el presente asunto no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales contemplados en el Decreto 758 de 1990, en tanto dicha disposición sólo es aplicable a las pensiones que se otorgaron bajo la vigencia del Acuerdo 049 de 1990, aspecto que no acaece en el *sublite*.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 26 y 34 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si al actor le asiste derecho a que Colpensiones deje sin valor y efecto la Resolución



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SUB 57014 de 28 de febrero de 2018, por medio de la cual se le reconoció la pensión de vejez, para en su lugar dar vigencia al Acto administrativo 20852 de 20 de junio de 2011, por la cual se le reconoció la pensión de invalidez, en aplicación del principio *in dubio pro operario*. Por último, determinar si el demandante tiene derecho a que se le reconozca el incremento del 14% de su mesada pensional por compañera permanente.

STATUS DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

No es tema de controversia la calidad de pensionado del señor Hernán Vanegas Giraldo, pues la misma se desprende de la Resolución SUB 57014 de 28 de febrero de 2018 (fl. 30 a 33), por medio de la cual, la demandada Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones resolvió convertir la pensión de invalidez que venía disfrutando el actor, a una pensión de vejez, en cuantía inicial para el año 2018 de \$977.060,00.

FAVORABILIDAD DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ SOBRE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Conforme se ha precisado en el resumen de los antecedentes del asunto sometido al escrutinio de la Sala, el tema puntual que es objeto de examen en esta oportunidad, se contrae a determinar si al demandante le asiste el derecho a que la demandada continúe pagando la pensión de invalidez que le fue reconocida mediante Resolución 20852 de 20 de junio de 2011, y deje sin valor y efecto la prestación pensional de vejez que le fue otorgada mediante Acto Administrativo SUB 57014 de 28 de febrero de 2014, todo ello, en aplicación del principio *in dubio pro operario*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Con tal propósito, esta Corporación comienza por indicar que en tratándose del principio pregonado por la parte convocante a juicio, esto es, *in dubio pro operario*, el mismo se encuentra contemplado en el artículo 53 de la C.N., al disponer que:

«La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad»* (Resaltado fuera de texto).

Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo, no fue indiferente ante tal premisa constitucional y en su artículo 21 consagró que *«En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad»*. En desarrollo del principio objeto de estudio, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado SL 7807 de 2016, moduló que *«... tal principio carece del alcance que le atribuye el impugnante, por cuanto dicha regla interpretativa consiste en que cuando existan dudas fundadas en el entendimiento de una norma, esto es, cuando el operador jurídico encuentre lógicamente posibles y razonablemente aplicables al asunto debatido dos o más intelecciones del precepto, debe acoger aquella que más beneficie al trabajador»*.

Del anterior contexto normativo y jurisprudencial se extrae que el principio *in dubio pro operario*, constituye un pilar constitucional el cual persigue la aplicación de la interpretación normativa más favorable, en aquellos casos en que surja duda en el operador judicial, sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su escrutinio. En dichos eventos, se conmina al juez a elegir y aplicar los cánones más protectores de los derechos del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

trabajador o el afiliado al Sistema de Seguridad Social, respetándose en todo momento el principio de inescindibilidad, resultando inadmisibles fragmentar cánones normativos para su aplicación parcial.

Para el caso de autos, se tiene que el demandante ruega la aplicación del principio *in dubio pro operario*, al considerar que la encartada vulneró sus derechos fundamentales al momento de convertir la pensión de invalidez en una pensión de vejez, en tanto su condición prestacional se vio afectada al desestimarse el pago de la mesada 14 que venía percibiendo desde el 2011, con ocasión del otorgamiento de la prestación que cubre la contingencia de la vejez.

Pues bien, habiéndose establecido el campo de aplicación del citado principio, surge patente su inaplicación al caso particular del demandante. Lo anterior se afirma, por cuanto como se dijo en precedencia, la institución perseguida surge ante el acaecimiento de dos o más intelecciones de un mismo precepto, oportunidad en la cual el fallador deberá dar aplicación a la preceptiva que más favorece al trabajador o afiliado al Sistema de Seguridad Social, supuesto de facto que no acontece en el sub lite, pues lo que aquí se debate es la aplicación de normas completamente diferentes y que persiguen la protección de contingencias de aseguramiento igualmente disímil como lo son la invalidez y la vejez, fundándose cada una de ellas en normas propias que no dan lugar a una interpretación distinta a la plasmada por el constituyente.

Pese a lo anterior, observa la Sala que lo perseguido por el demandante es la aplicación la norma más favorable en materia pensional, lo cual nos conduce a dar aplicación al principio de favorabilidad, el cual constitucionalmente se ha consagrado en materia laboral como aquel que «... Determina “en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador”», en la misma providencia, la H. Corte Constitucional



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

diferencia entre uno y otro principio, al modular que «*Mientras el principio de favorabilidad en sentido estricto recae sobre la selección de una determinada disposición jurídica, el principio in dubio pro operario lo hace sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica*» (Sentencia T-730 de 2014).

Bajo esta intelección, es deber de esta Corporación establecer si en el *sub examine* la Entidad demandada al expedir la Resolución SUB 57014 de 28 de febrero de 2018, desconoció la aplicación del principio de favorabilidad del pensionado al convertirle la pensión de invalidez en una de vejez, y para tal efecto, analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 12); registro civil de nacimiento (fl. 13 y 16 a 19); consulta puntaje Sisben (fl. 15); dictamen de pérdida de capacidad laboral (fl. 20); Resolución 20852 de 20 de junio de 2011 (fl. 21 a 25); reclamación administrativa (fl. 26 y 35); declaraciones extra proceso (fl. 26 y 27); Resolución SUB 57014 de 28 de febrero de 2018 (fl. 30 a 33); expediente administrativo (fl. 58).

Establecido lo precedente, importa indicar, que mediante Resolución 20852 de 20 de junio de 2011, el otrora Instituto de los Seguros Sociales le reconoció al señor Hernán Vanegas Giraldo una pensión de invalidez de origen común a partir del 20 de enero de 2010 en cuantía inicial de \$717.627,00 (fl. 21 a 25); posterior a ello, el 9 de febrero de 2018, el accionante solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, solicitud que fue resuelta mediante Resolución SUB 57014 de 28 de febrero de 2018, en tanto el afiliado contaba con el requisito de edad y densidad de semanas para acceder a la prestación pensional deprecada, oportunidad en la que en aplicación del principio de favorabilidad se le respetó el monto de la mesada que venía recibiendo bajo la contingencia de la invalidez, en tanto el monto a recocer resultaba inferior al que se percibía. (fl. 30 a 33).



Pues bien, para dilucidar la controversia planteada, se debe memorar que el artículo 10° del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, norma que establece que:

«La pensión de invalidez por riesgo común, se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructure tal estado. Cuando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio.

La pensión de invalidez por riesgo común, se otorgará por períodos bienales, previo examen médico - laboral del ISS, al que el beneficiario deberá someterse en forma obligatoria, con el fin de que se pueda establecer que subsisten las condiciones que determinaron su otorgamiento.

La pensión de invalidez se convertirá en pensión de vejez, a partir del cumplimiento de la edad mínima fijada para adquirir este derecho»

Dicho lo precedente, se tiene que desde la expedición del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad el legislador previó la conversión de las pensiones de invalidez de origen común en pensiones de vejez, siempre que el afiliado acredite el cumplimiento de la edad mínima para acceder a la prestación que cubre la contingencia derivada de la vejez, requisito que jurisprudencialmente se ha establecido debe acompañarse con la satisfacción de tiempos o semanas que exija la norma para acceder a la prestación pensional, en tanto de atenderse el articulado en su redacción original, se desprotegería al afiliado que padece una pérdida en su capacidad laboral, ya que de acreditarse la edad sin el número de semanas, no sería posible acceder a la prerrogativa pregonada.

Pues bien, en el presente asunto, se tiene que es el mismo demandante quien acude ante la accionada en pro del reconocimiento de su prestación pensional de vejez, al acreditar el cumplimiento de edad y semanas cotizadas exigidas en la norma pensional, razón por la que Colpensiones, luego de estudiar la normatividad aplicable, en aplicación del régimen de transición le reconoce al actor la pensión de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

jubilación contemplada en la Ley 71 de 1988, prestación que fue estudiada en aplicación del principio de favorabilidad, en tanto al liquidar la mesada pensional, esta surge inferior a aquella que venía disfrutando el demandante con el reconocimiento de la pensión de invalidez.

De tal suerte, que siguiendo los lineamientos del artículo 10° del Acuerdo 049 de 1990, al acreditarse el cumplimiento de los requisitos para accederse a la pensión de vejez, la prestación que se venía reconociendo por concepto de invalidez al ser susceptible de conversión, le faculta al afiliado entrar a gozar de una prestación de carácter vitalicio, superando así la contingencia que por vejez tenía disfrutando, cumpliéndose así los principios que gobiernan el Sistema de Seguridad Social en Pensión, pues se otorga al afiliado una protección de carácter permanente.

Ahora, se duele el accionante de la supresión de la mesada 14 que venía percibiendo con la prestación que le fue reconocida el 20 de junio de 2011, misma que suspendió la encartada al momento en que le reconoció la pensión de vejez el 28 de febrero de 2018, pese a ello, y aun cuando dicha mesada podría generar un detrimento patrimonial en las arcas del actor, no puede perderse de vista, que el principio de favorabilidad se estudió con base al carácter permanente con el que se le reconoce la prestación al señor Vanegas Giraldo, pues recuérdese, que en materia de invalidez, el literal a) del artículo 44 de la Ley 100 de 1993, faculta a las entidades administradoras de fondos de pensiones a revisar, cada tres años, el estado de minusvalía del pensionado, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión, acarreado como consecuencia la posible extinción del derecho.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En tal virtud, al ser revisables las condiciones de invalidez del pensionado, la prestación que de ello se deriva no surge como una garantía vitalicia, como sí lo es aquella pensión que cubre la contingencia propia de la vejez, asistencia que tiene la virtualidad de ser permanente en el tiempo hasta la extinción de la vida natural del pensionado. De este modo, y como quiera que la pensión de vejez fue reconocida con posterioridad al 21 de julio de 2011, es que surge la imposibilidad jurídica de reconocerse la mesada 14 para el aquí demandante, deviniendo del actuar de Colpensiones una conducta ajustada a derecho y no un actuar caprichoso e inobservante del principio de favorabilidad.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, es que para esta Sala, los argumentos expuestos por la parte demandante no encuentran prosperidad alguna, pues como se indicó en precedencia, la prestación de vejez que fuera solicitada por el demandante y reconocida por la Entidad encartada, se encuentra amparada bajo el principio de favorabilidad y no trasgrede los derechos del pensionado, en tanto le garantiza una cobertura vitalicia que cubre tanto la contingencia de la vejez como de invalidez, razón por la cual, habrá de confirmarse la sentencia consultada en este aspecto.

INCREMENTO PENSIONAL DEL 14%

La parte demandante persigue el reconocimiento y pago del incremento del 14%, por considerar que desde el 20 de enero de 2010, le fue reconocida un pensión de invalidez, data para la cual ya convivía con la señora Consuelo Vargas González, en calidad de compañera permanente y hasta la fecha, procreándose cuatro hijos producto de la unión de dicha pareja, sumó a ello, que la señora Vargas González es dependiente económicamente del pensionado en tanto dada su discapacidad, aquella dedicó su vida al cuidado de este.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Para resolver, basta con indicar que ninguna de las prestaciones que le fueran reconocida al promotor del juicio se basó en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, pues nótese como la pensión de invalidez que le fue otorgada en el 2011, se otorgó bajo los lineamientos de la Ley 100 de 1993, en tanto la pensión de vejez lo fue bajo los apremios de la Ley 71 de 1988, deviniendo así la imposibilidad de reconocimiento alguno por dicho concepto, pues recuérdese, el incremento pretendido se encuentra contemplado en el artículo 21 del pluricitado Acuerdo 049 de 1990, sin que pueda extenderse ese beneficio a las demás normas pensionales existentes en el Sistema General de Seguridad Social. En virtud de todo lo hasta aquí expuesto, y sin hacerse necesaria mayor intelección al respecto, se confirmará la decisión consultada en este aspecto.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la parte apelante dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública celebrada el 13 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **HERNÁN VANEGAS GIRALDO** contra la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,
conforme a lo expuesto en la parte resolutive de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la parte apelante dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$200.000.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ISAAC ARTURO RODRÍGUEZ VELASQUEZ** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los diez (10) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Daniela Palacio Varona** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.019.132.452 de Bogotá y tarjeta profesional 352.307 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Porvenir S.A.

Igualmente, se reconoce personería adjetiva a **Simón Enrique Angarita Villamizar** identificado con cedula de ciudadanía No. 1.018.450.368 de Bogotá y tarjeta profesional 271.911 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **ISAAC ARTURO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., por omisión en el deber de información; en consecuencia, solicita se ordene su traslado y afiliación al RPM administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, como si nunca hubiese dejado de cotizar a esa entidad; se ordene a la AFP Porvenir S.A. la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, con sus rendimientos y gastos de administración, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (fl. 5 y 6 del expediente digital).



Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 5 del expediente digital, que en síntesis advierten que, se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS desde el mes de julio de 1995; que en el mes de agosto de 1998, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., sociedad absorbida por la AFP Porvenir S.A.; que la afiliación con la referida sociedad fue realizada a través del asesor comercial, diligenciando un formato preestablecido, y sin recibir información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta sobre las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, comparado con las consecuencias negativas que le traería abandonar el RPM; que tampoco le fue entregado por parte de la AFP proyecciones, comparativos, tabla de mortalidad de rentistas, ni la debida explicación sobre la redención de los bonos pensionales y liquidación de la mesada pensional, teniendo en cuenta sus beneficiarios; que no se le informó sobre su posibilidad de retornar al RPM antes de cumplir la edad de 47 años, pues únicamente recibió de la sociedad demandada, la información relacionada con la liquidación del ISS y la obtención de una mesada pensional a una edad más temprana en el RAIS. Agrega que se presenta una diferencia entre la mesada que recibiría en el RPM y aquella que otorgaría el RAIS.

CONTESTACIÓN: Lla demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que en el expediente no obra prueba alguna que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), sumando a ello que no se evidencia nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

certeza, que hubo una inconformidad por parte de la demandante. De otro lado, indica que esta no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010, precisando que se encuentra inmerso en la prohibición de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los 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, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (fl. 110 a 145 del expediente digital).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que cumplió con el deber de información que le era exigible al momento en que se materializó el traslado de régimen pensional, al indicársele al demandante que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual, además, que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales a su cuenta, así como que tendría derecho a bono pensional si había aportado 150 semanas dentro de los 3 años anteriores al traslado de régimen, y que su afiliación era completamente voluntaria. Agrega que al actor también se le indicó que en caso de muerte, sus herederos podrían disponer del capital cuando el mismo no pueda financiar una pensión, amèn que puede tener derecho a la garantía de pensión mínima con 1.150 semanas de cotización y que si su pensión llega a ser superior al 70% de su Ingreso Base de Liquidación puede acceder a los excedentes de libre disposición. Igualmente, afirma que el traslado del demandante fue completamente válido, máxime que este no aporta prueba que permita concluir que el mismo se dio bajo algún vicio del consentimiento.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Excepciones: Formuló los medios exceptivos que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (fls. 192 a 219 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 23 de noviembre de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante a través de la AFP Porvenir S.A., de fecha 31 de agosto de 1998; **declarar** como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones; **ordenar** a la demandada Porvenir S.A. a devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del actor, junto con los rendimientos financieros causados con destino a Colpensiones, incluyendo bonos pensionales si los hubiese; **condenar** en costas a las demandadas. (Archivo de audio del expediente digital).

Lo anterior por considerar el A quo que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de las AFP, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el entonces fondo privado Horizonte, haya cumplido con el deber legal de informar al demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar, en síntesis, que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que ellas persiguen, en virtud del artículo 167 del C.G.P., lo cual ha sido resaltado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en diferentes decisiones, en las que además, ha precisado que los vicios de fuerza, error y dolo deben ser demostrados por las partes, sin que sea procedente trasladar a la AFP la carga de acreditar que no actuó con dolo, sumando a ello que cualquier duda en el alcance de la ley constituye un error de derecho que no vicia el consentimiento, de conformidad con el artículo 1509 del C.C. Agrega que resulta desproporcionado imponer la carga de la prueba a la AFP, máxime que la afiliación del demandante tuvo lugar hace más de 20 años, siendo evidente la imposibilidad de probar las circunstancias que rodearon su vinculación, amén que para la fecha no era obligatorio dejar registro de ello, por lo que ha de echarse mano del principio del derecho según el cual, nadie se encuentra obligado a lo imposible. Agrega que al sustentar el actor su demanda en el hecho que fue engañado por la AFP demandanda, debió probar dicha afirmación como así lo disponen los artículos 1516 del C.C. y 167 del C.G.P., lo cual no fue atendido por el convocante en el *sub examine*. Concluye advirtiendo que el accionante en su interrogatorio fue claro al afirmar que recibió capacitación por parte de la AFP de 45 minutos, sobre las características del fondo privado y que firmó de manera voluntaria el formulario de traslado, lo cual implica la revocatoria de la decisión que se controvierte y la absolución de las costas impuestas, dado que representan un detrimento patrimonial para la entidad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandada AFP Porvenir S.A.: Persigue la revocatoria del fallo opugnado, al considerar que el traslado de régimen del demandante se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Aduce que para la fecha en que se materializó el acto de traslado solicitado por el demandante, no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, toda vez que hacen referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación a PORVENIR. Tampoco, existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, esto es, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, pues ninguna norma así lo exigía, si se tiene en cuenta que esos requerimientos surgieron con mucha posterioridad, como se explicó con antelación. Por último, aduce que ante una eventual condena respecto de la devolución de los gastos de administración, esta resultaría improcedente, como parte de las prestaciones mutuas que correspondan, y de las sumas que la AFP demandada ha pagado a las aseguradoras por concepto de primas de los seguros previsionales que legalmente ha estado obligada a contratar.

Parte demandada COLPENSIONES: A su turno, el apoderado sustituto de COLPENSIONES indica que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en cuyo texto se establece que después de un año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Agrega que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre la presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), precisando que un error sobre un punto de derecho no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el DEMANDANTE Y PORVENIR, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial. Aduce que la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durara cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato. Igualmente señala que en el presente asunto el DEMANDANTE saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 del Código Civil, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento, ello si se tiene en cuenta que durante todo este tiempo (diligenciamiento del formulario de cambio de régimen hasta la fecha de presentación de la demanda), ha consentido en que se le hagan los descuentos respectivos con destino asu cuenta de ahorro individual.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende de la documental vista a folios 78 a 80 del expediente digital.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la demandada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por ISAAC ARTURO RODRÍGUEZ VELASQUEZ al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 20 y 21 del expediente digital); formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir (fl. 22 y 249 del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

expediente digital); historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fl. 23 a 62 y 223 a 245 del expediente digital); historia válida para bono pensional emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 63 a 67 y 246 a 248 del expediente digital); comunicaciones emitidas por la AFP Porvenir S.A. (fl. 70 a 77 del expediente digital); comunicación emitida por Colpensiones (fl. 78 a 80 del expediente digital); cédula de ciudadanía del demandante (fl. 88 del expediente digital); estudio de situación pensional (fl. 89 a 103 del expediente digital); estado de afiliación del demandante expedida por Asofondos (fl. 220 a 221 del expediente digital); certificación expedida por la AFP Porvenir (fl. 222 del expediente digital); comunicados de prensa (fl. 300 a 302 del expediente digital) e interrogatorio de parte rendido por el demandante (audio del expediente digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.



A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»*.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

*A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria** cuando las personas **desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica**; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)*

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.



Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que *la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.*

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

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las



características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

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

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.

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

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

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

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

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

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

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

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

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

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

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

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

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

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

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

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

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

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

3. Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.



La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

- 1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.*
- 2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.*
- 3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
- 4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de julio de 1995, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones y que milita a folios 20 a 21 del expediente digital, para luego trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 31 de agosto de 1998 (fl. 22 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORIA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional,



los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 22 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en afirmar que para la época de su traslado los asesores de Horizonte le indicaron que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y le señalaron la forma en como podía alcanzar el ahorro necesario para obtener la pensión, precisando que nunca se le indicó que el documento que firmó voluntariamente correspondía al formulario de afiliación a la AFP. (Archivo de audio del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP Porvenir S.A., que a todas luces demuestra una inducción al error respecto al actor, aspecto éste, el cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima; al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas



para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo al afiliado en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí, que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

Por otra parte, para la Sala pertinente resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, SL13873-2014 y SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

«... la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto».

Ahora, atendiendo la ausencia de disposición respecto a la devolución de los gastos de administración, esta Sala de Decisión adiciona el proveído



de primer grado en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

*La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, **de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por** mesadas pensionales **o gastos de administración...**»*

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:

*«Del texto transcrito es razonable colegir que, **al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida** y cuáles no, la norma está precisando **la vinculación que produce efectos jurídicos** y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que **lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado...***

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, se adicionará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas, en estudio del asunto en grado jurisdiccional de consulta.



Se aclara que en lo demás, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en tanto es la consecuencia directa de la oposición de la pasiva y la condena fulminada. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la apelante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 23 de noviembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** que traslade la totalidad de dineros, sin efectuar descuentos con ocasión al traslado o por gastos de administración, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en tanto es la consecuencia directa de la oposición de la pasiva y la condena fulminada. En esta segunda instancia se impone costas a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cargo de la apelante la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020- de 2020-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ELIANA MARCELA MAYORGA ROJAS** CONTRA **SOCIEDAD DE CONSULTORÍA ANDAR S.A. A&P ANDAR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los diez (10) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente decisión escritural,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **ELIANA MARCELA MAYORGA ROJAS** a través de apoderado judicial presenta demanda ordinaria laboral en contra de **SOCIEDAD DE CONSULTORÍA Y PRESTACIONES DE SERVICIOS ANDAR S.A. A&P ANDAR S.A.**, para que previo el trámite procesal correspondiente se declare la ineficacia de la cláusula quinta del contrato de trabajo y de su Otro sí, suscritos entre las partes el 4 de marzo de 2015 y de contera, que el vínculo laboral que las unió lo fue bajo la duración indefinida; asimismo, que hace parte del despido colectivo que tuvo lugar el 31 de agosto de 2018, el cual no produce efecto alguno, por no contar con el aval previo del Ministerio del Trabajo; como consecuencia, se codene a la demandada a su reintegro, con el subsiguiente pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones dejadas de percibir y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, desde el 31 de agosto de 2018, junto con la sanción por falta de consignación de cesantías, indexación o corrección monetaria, lo que resulte probado ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. Subsidiariamente, persigue el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, folios 5 a 8.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 8 y 9 del expediente, en los que en síntesis advierte que: se vinculó a trabajar con la encartada el 4 de marzo de 2015, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, el cual junto con Otro sí, suscrito en la misma fecha, estableció que su duración indefinida estaría sujeta a la duración del contrato de prestación de servicios asistenciales del plan obligatorio de salud firmado entre la empleadora y la Nueva EPS; que su remuneración fue equivalente al valor del salario mínimo mensual y que sus funciones consistían en contestar llamadas para la asignación,



cancelación o modificación de citas médicas, manejar agendas médicas y realizar promoción de citas de citología. Sobre la terminación del vínculo, indica que el 30 de julio de 2018, la empleadora decidió darlo por culminado de manera unilateral, aduciendo como causales las consagradas en el artículo 47 numeral 2 y 61 literal d) del CST, con efectos a partir del 31 de agosto de 2018; que la sociedad convocada la despidió a ella y a sus compañeros de manera colectiva y sin que pusiera de presente la debida comunicación ante el Ministerio del Trabajo; que la accionada contaba con alrededor de 427 trabajadores, de los cuales más de 100 eran empleados para cumplir con el contrato de servicios asistenciales suscrito entre el patrono y la Nueva EPS.

CONTESTACIÓN: La demandada **ANDAR S.A.** al contestar la demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo en síntesis que, los contratos terminaron de mutuo acuerdo por finalización de la obra o labor contratada, de conformidad con la cláusula 5ª del contrato de trabajo, que por ser ley para las partes no le puede ser aplicada la ineficacia de que trata el numeral 5º del artículo 67 de la Ley 50 de 1990. Agrega que la autoridad llamada a determinar si el despido fue colectivo, es el Ministerio del Trabajo, en los términos del artículo 40 del Decreto 2351 de 1965. **EXCEPCIONES:** Formula como medios exceptivos los que denominó existencia y terminación de contrato de obra o labor determinada, inexistencia de despidos colectivos, terminación de mutuo acuerdo por cumplimiento del plazo, falta de competencia del juez de instancia para declarar el despido colectivo, e imposibilidad de la demandante. (fl. 63 a 73)

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública celebrada el 23 de noviembre de 2021, resolvió **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones invocadas en su contra y **condenar** en costas a la demandante. (Cd. a folio 80)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Lo anterior por considerar el *A quo* que, el contrato celebrado entre las partes lo fue bajo la modalidad de obra o labor determinada, como se desprende de la lectura de su cláusula quinta y del Otro sí suscritos por la demandante, pues en ellas se condicionó el laborío a la terminación del contrato de prestación de servicios celebrado por la sociedad ANDAR S.A. y la NUEVA E.P.S., la cual en efecto tuvo lugar a partir del 1º de septiembre de 2018, y se hizo extensivo a la demandante a través de la carta de fecha 30 de julio de 2018, al indicársele que su vínculo laboral terminaría el 31 de agosto de la misma anualidad, por la finalización de la relación que ató al extremo pasivo con la NUEVA EPS; siendo claro que la relación laboral suscrita entre las partes culminó por la terminación de la obra o labor determinada, que en los términos de la Corte Suprema de Justicia no constituye un despido; hecho que impide echar mano de la protección de que trata el artículo 67 de la Ley 50 de 1990 que subrogó el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, pues en tratándose de despidos colectivos la terminación del contrato de trabajo debe obedecer al despido sin justa causa.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del A Quo la parte demandante interpone recurso de apelación bajo el entendido que de lo aceptado por la demandada sobre los hechos 1.2, 1.3, 1.4 y 1.5 de la demanda, lo afirmado por su representante legal en el interrogatorio de parte, lo titulado en el contrato de trabajo y lo definido en la certificación de fecha 21 de septiembre de 2018, es claro que el vínculo que ató a las partes lo fue por término indefinido, situación que se ratifica por la parte empleadora al dar por terminado el contrato de trabajo haciendo referencia al numeral 2º artículo 47 del CST, y lo afirmado en las testimoniales recaudadas en el proceso. De suerte que, no puede dársele una interpretación distinta al contrato de trabajo cuando las mismas partes, tanto demandante como demandada entendieron que la modalidad contractual lo fue bajo la modalidad de duración indefinida, precisando que la confusión existente presente en ambos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

extremos procesales debió ser resuelta a favor de la demandane, máxime que la cláusula que se cuestiona resultó abusiva y atenta normas de orden público, lo que conforme a los términos de la legislación laboral deviene en su ineficacia. Agrega que conforme a lo aceptado por la representante legal de la convocada, ésta prescindió de la totalidad de los trabajadores que prestaron sus servicios dentro del marco del contrato suscrito entre ANDAR S.A. y la Nueva EPS, por manera que al finiquitar la relación del contrato de trabajo de alrededor de 10 empleados, debió reconocerse el despido colectivo de que trata el artículo 67 numeral 4° de la Ley 50 de 1990, sin previa autorización del Ministerio del Trabajo, que deviene en el reintegro de la convocante con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, bajo el argumento que como se demuestra fehacientemente con el acervo probatorio aportado, nos encontramos ante un contrato individual de trabajo a término indefinido, tal como se enuncia en el título del documento suscrito el día 04 de marzo de 2015 “*CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO*”, en cada una de las páginas del mismo y en su cláusula quinta referente a la duración del contrato, donde expresamente menciona que la duración será indefinida, lo cual se realiza en mayúsculas fijas y negrilla; igual suerte corre la certificación laboral que fue expedida el día 21 de septiembre de 2018, emitida tiempo después de haber terminado el contrato de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

trabajo y con el cual se evidencia que la sociedad empleadora mantiene su voluntad en cuanto al término indefinido del contrato suscrito. Manifiesta que, se aporta la terminación del contrato de siete de los compañeros de trabajo de la demandante y se solicitó como prueba que se allegara una certificación de la totalidad de los empleados que prestaron sus servicios en pro del contrato de prestación de servicios asistenciales del plan obligatorio de salud (POS) suscrito entre la convocada y la Nueva EPS, empleados que fueron despedidos en su totalidad al terminar el contrato mencionado, tal como se evidencia en el cuerpo del escrito de terminación de contrato, por lo que solicita declarar que el despido fue realizado en forma colectiva de acuerdo a lo consagrado en el artículo 67 numeral 4 de la ley 50 de 1990.

Parte demandada: Al descorrer el traslado para las alegaciones finales solicitó la confirmación del fallo de primera instancia al considerar que, la parte apelante desconoce el carácter residual del contrato a término indefinido, establecido no solo por la jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL2600-2018, M.P. la Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), sino por el numeral 1° del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo. Señala que la cláusula 5° del contrato de trabajo, no deja ninguna duda que la obra o labor determinada estaba íntimamente ligada al “*CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ASISTENCIALES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (POS) firmado entre EL EMPLEADOR y la sociedad NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS S.A. “NUEVA EPS S.A.”*”, precisando que las partes desde el inicio del contrato acordaron que si el vínculo con la Nueva EPS termina, de mutuo acuerdo se daría culminación al contrato laboral firmado con la demandante, sin el pago de la indemnización establecida en el artículo 64 del CST.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

C O N S I D E R A C I O N E S

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de alzada formulado por la parte demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite concretar como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si la vinculación laboral del actor con A&P Andar S.A. lo fue bajo la modalidad de contrato a término indefinido; si el finiquito lo fue sin justa causa bajo el contexto de un despido colectivo, y si de contera procede el reintegro anhelado.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la empresa demandada en la contestación del *introductorio* y corroborado del material probatorio obrante al plenario, de los cuales se advierte que ELIANA MARCELA MAYORGA ROYAS laboró al servicio de la demandada desde el 4 de marzo de 2015 al 31 de agosto de 2018, desempeñando el cargo de Asesor Call center y con una última retribución el equivalente a un salario mínima legal mensual vigente (folios 29 a 22), siendo el punto de controversia la modalidad contractual que ató a los extremos procesales, así como su forma de terminación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DE LA MODALIDAD CONTRACTUAL QUE UNIÓ A LAS PARTES Y SU FORMA DE TERMINACIÓN

Insiste la parte recurrente en su alzada, sobre la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, basada en las pruebas debidamente decretadas y recaudadas en el proceso, muy a pesar de la cláusula 5ª pactada en el convenio suscrito por los extremos procesales, la cual su juicio se torna ineficaz.

Sobre el particular, constata la Sala que revisado el contenido del referido documento (folios 19 a 21), el mismo no cumple con las condiciones para ser considerado un contrato de obra o labor determinada (artículo 45 del CST) como así lo decretó el sentenciador de primera instancia, toda vez que en éste no se especificó de forma clara y precisa su objeto, para así determinar la finalización de la obra o labor, pues de su cláusula quinta se extrae que:

«QUINTA: DURACIÓN DEL CONTRATO: *Los primeros dos meses del presente Contrato se considerarán como período de prueba y, por consiguiente, cualquiera de las partes podrá terminar el contrato unilateralmente, en cualquier momento durante dicho período. Vencido este, la duración del contrato será INDEFINIDA, mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. PARÁGRAFO PRIMERO: El presente contrato se firma en desarrollo del CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ASISTENCIALES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (POS), firmado entre EL EMPLEADOR y la sociedad NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS S.A. “NUEVA EPS S.A.”, por lo tanto la duración indefinida está sujeta al tiempo que dure la relación contractual con dicha entidad, ya que las causas que le dan origen y la materia del trabajo, dejarían de existir. PARAGRAFO SEGUNDO: Por lo anterior las partes acuerdan expresamente que al terminar la relación contractual entre EL EMPLEADOR y la “NUEVA E.P.S. S.A.”, el presente contrato se dará también por terminado, sin el pago de la indemnización establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo»*

Cláusula contractual que se reitera en el Otro sí suscrito por la partes el 4 de marzo de 2015 (fl. 22), de la cual no se desprende con claridad que la labor de la demandante estaba directamente ligada con el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

contrato de prestación de servicios que aduce la demandada suscribió con la Nueva EPS, pues si bien en ella se menciona el «*CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ASISTENCIALES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD (POS), firmado entre EL EMPLEADOR y la sociedad NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS S.A. **NUEVA EPS S.A.***», lo cierto es que de su texto no deviene que se trate del contrato que en la contestación de la demanda se afirma terminó el 31 de agosto de 2018, pues nótese que según el Acta de Terminación obrante a folios 73 a 75, el vínculo entre la demandada y la Entidad Promotora de Salud citada se denominó de otra manera, esto es, «*CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD N° 01-05-01-00171-2014 PARA EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO BAJO LA MODALIDAD DE PAGO GLOBAL PROSPECTIVO.*»

De manera que, al margen de lo indicado en las declaraciones rendidas en el proceso, se constata del propio contrato de trabajo y del Otro sí firmado por los extremos procesales, que la modalidad contractual pactada por las partes realmente no se reviste de la naturaleza propia de un contrato por obra o labor, por lo que ésta corresponde a un contrato de trabajo a término indefinido, como así lo titularon las partes en su propio texto.

Así las cosas, para todos los efectos se tendrá que entre ellos lo que realmente existió fue un contrato de trabajo a término indefinido, con los extremos, salario y cargo ya indicados, de lo cual es claro concluir adicionalmente, que la terminación del vínculo lo fue por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador, dado que este en carta de fecha 30 de julio de 2018, extendida a la trabajadora, le indicó:

«En nombre de la sociedad que represento... amablemente me permito comunicarle la terminación del contrato laboral que nos vincula con fundamento en los artículos 47 num. 2) y 61 d) del CST, suscrito el 04 de Marzo de 2015.

La presente terminación se fundamenta en la terminación de la relación contractual entre A &P ANDAR S.A. y Nueva EPS, por lo cual no seguirá prestando servicios asistenciales a los usuarios a dicha EPS, siendo forzosa



la aplicación de la Cláusula Quinta Del contrato de trabajo suscrito con usted que a la letra dice...

La terminación de la relación contractual será el día 31 de agosto 2018, día en el que finaliza el contrato de servicios de salud con NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS S.A. “NUEVA EPS”... »

Forma de terminación que no se corresponde con ninguna de las justas causas establecidas en el artículo 62 del CST, modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, de suerte que, se *itera*, el finiquito obedeció a una decisión uniaterla del empleador y sin justa causa, siendo por tanto procente establecer por el Colegiado sin en el *sub examine* se dan los presupuestos para el reintegro reclamado, con sustento en el despido colectivo aducido en el *libelo* genitor.

DESPIDO COLECTIVO

Al punto, primeramente resulta necesario referir que la protección laboral contra el despido colectivo fue incorporada por el artículo 40 del Decreto 2351 de 1965, modificado por el 67 de la Ley 50 de 1990, que a la letra dispone:

«ARTÍCULO 67. El artículo 40 del Decreto-ley 2351 de 1965 quedará así:

Protección en caso de despidos colectivos.

1. Cuando algún empleador considere que necesita hacer despidos colectivos de trabajadores, o terminar labores, parcial o totalmente, por causas distintas a las previstas en los artículos 5o, ordinal 1o, literal d) de esta ley y 7o, del Decreto-ley 2351 de 1965, deberá solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social explicando los motivos y acompañando las correspondientes justificaciones, si fuere el caso. Igualmente deberá comunicar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores de tal solicitud.

(...)

Esta solicitud respectiva deberá ir acompañada de los medios de prueba de carácter financiero, contable, técnico, comercial, administrativo, según el caso, que acrediten debidamente la misma.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

4. *El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no podrá calificar un despido como colectivo sino cuando el mismo afecte en un período de seis (6) meses a un número de trabajadores equivalente al treinta por ciento (30%) del total de los vinculados con contrato de trabajo al empleador, en aquellas empresas que tengan un número superior a diez (10) e inferior a cincuenta (50); al veinte por ciento (20%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cincuenta (50) e inferior a cien (100); al quince por ciento (15%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cien (100) e inferior a doscientos (200); al nueve por ciento (9%) en las que tengan un número de trabajadores superior a doscientos (200) e inferior a quinientos (500); al siete por ciento (7%) en las que tengan un número de trabajadores superior a quinientos (500) e inferior a mil (1000) y, al cinco por ciento (5%) en las empresas que tengan un total de trabajadores superior a mil (1000).*

5. *No producirá ningún efecto el despido colectivo de trabajadores o la suspensión temporal de los contratos de trabajo, sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, caso en el cual se dará aplicación al artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo.»*

Conforme a lo anteriores derroteros, resulta diáfano para la Sala que cuando se solicita el reintegro por despido colectivo es necesario probar cuál era el número total de trabajadores existentes en la empresa en la fechas en que se produjeron los despidos, en aras de determinar a qué porcentajes correspondieron tales desvinculaciones a fin de verificar o no si se presenta dicho fenómeno, presupuestos que hacen nugatorio el anhelo de reintegro de la actora, dado que en el presente caso no existe certeza sobre dichas cifras, ni aun a partir de lo afirmado por la representante legal de la convocada en su interrogatorio de parte, pues una vez escuchado el audio 1 contenido en el medio magnetofónico que milita a folio 80, se observa que al indagársele sobre la misma, ésta respondió: *«¿Usted sabe cuántos empleados tenía más o menos para esa época la empresa? Exactamente el dato no, pero estamos superando los 350 colaboradores. ¿Para esa época de común acuerdo terminaron el vínculo para más o menos 130 me dice? 135 de los 360 más o menos. No es un dato muy puntual.»*

A lo anterior se suma que, la testigo Eliana Marcela Mayorga Rojas, quien laboró para la demandada como Asesora de Call Center, indicó que en la sede de Kennedy donde trabajaba la demandante había



alrededor de 100 trabajadores a quienes le terminaron el contrato el 31 de agosto de 2018, mientras que por su parte la testigo María Gladys Estrada Bello, sostuvo en calidad de ex trabajadora de la pasiva, que para esa data, fueron despedidas alrededor de 90 personas en la sede en la cual trabajó la actora, de un total de empleados de entre 400 y 430 (medio magnetofónico a folio 80).

De suerte que, la imprecisión y la contradicción de las declaraciones en referencia impide a la Sala determinar bajo la égida de la norma que regula el despido colectivo, si en el presente caso se presentó dicho fenómeno, por lo que se echa de menos la certificación solicitada por la actora en su escrito inicial, que si bien fue decretada por el A quo, al final se descartó por el citado, ante las manifestaciones de la representante legal de la demandada, quien aunque reiteró posterior a su interrogatorio, las cifras de trabajadores indicadas en este, ello no despeja la duda suscitada, en tanto se reitera, afirmó con claridad que no tenía el dato exacto.

En esa medida, se *itera*, no es procedente el reintegro reclamado, empero, como quiera que en el *libelo* genitor se reclamó la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST, la misma se otorgará a razón de 30 días por el primer año y 20 días por los años subsiguientes y de manera proporcional, para un total de \$2.075.499,58, que se calcula a partir de 79,7 días y el salario mínimo legal mensual vigente diario para el año 2018.

Por lo expuesto, se revocará la sentencia opugnada, para en su lugar, declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes por los extremos ya anotados, y acceder a la indemnización por despido sin justa causa reclamada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

COSTAS.

Costas de primera instancia a cargo de la parte demandada. En esta instancia se imponen costas a cargo de la demandada dado el resultado de la alzada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$800.000.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública celebrada el 23 de noviembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ELIANA MARCELA MAYORGA ROJAS** contra **SOCIEDAD DE CONSULTORÍA Y PRESTACIONES DE SERVICIOS ANDAR S.A. A & P ANDAR S.A.**, para en su lugar declarar que entre las partes existió un contrato a término indefinido entre el 4 de marzo de 2015 y el 31 de agosto de 2018, el cual se terminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte de la demandada, conforme lo indicado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD DE CONSULTORÍA Y PRESTACIONES DE SERVICIOS ANDAR S.A. A & P ANDAR S.A.** a reconocer y pagar a favor de la señora **ELIANA MARCELA MAYORGA ROJAS**, la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST, en suma de \$2.075.499,58.

TERCERO: COSTAS. Costas de primera instancia a cargo de la parte demandada. En esta instancia se imponen costas a cargo de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

demandada dado el resultado de la alzada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$800.000.

Si bien se fijó la fecha y hora de la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

**LUIS ALREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.**

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JUANITA GIRALDO DUARTE** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los diez (10) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **JUANITA GIRALDO DUARTE** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Protección S.A., por omisión en el deber de información; en consecuencia, solicita se ordene a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual; se ordene a Colpensiones recibirla sin solución de continuidad, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folios 2 y 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 4 del expediente, que en síntesis advierten que, nació el 28 de enero de 1963; que se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a través del otrora ISS desde el mes mayo de 1984, cotizando en la citada un total de 581 semanas; que el 15 de marzo de 1999, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Colmena hoy AFP Protección S.A.; que esa decisión no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP que la recibió; que en la administradora de fondos de pensiones privada ha cotizado al día de hoy 723 semanas, para un total en el Sistema General de Pensiones de 1.304; que no se le informó sobre su posibilidad de retornar al RPM durante el año de gracia estatuido en el artículo 1° del Decreto 3800 de 2003; que se presenta una diferencia entre la mesada que recibiría en el RPM y aquella que otorgaría el RAIS; que el 30 de mayo de 2019 solicitó ante las entidades demandadas la nulidad de su afiliación al RAIS.



CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones que fueron invocadas en su contra, al considerar en esencia, que la afiliación de la demandante resulta válida, en tanto ha efectuado sus aportes a la AFP de manera, libre, espontánea y voluntaria y no existe soporte en el expediente que acredite el vicio del consentimiento alegado en el *libelo* genitor. Agrega que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, y no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 130 de 2013, por manera que no puede retornar al RPM en cualquier tiempo. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica. (fl. 82 a 93 del expediente).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló oposición a las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que el traslado de la convocante representa un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, el cual se solemnizó a través de la suscripción del formulario de afiliación, que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, que genera derechos y obligaciones en cabeza del fondo y de la afiliada. Señala que la forma en como se liquida la pensión de vejez en el RAIS, no hace nula la afiliación, ya que su fórmula está consagrada en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. **Excepciones:** Formuló los medios



exceptivos que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos a terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la genérica. (fls. 103 a 115).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 16 de octubre de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante a través de la AFP Protección S.A.; **condenar** a la demandada Protección S.A. a devolver o trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto; **declarar** que la demandante para efectos pensionales se encuentra afiliada al RPM administrado por Colpensiones; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **condenar** en costas a la AFP Protección. (Cd. a folio 168).

Lo anterior por considerar el A quo que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de las AFP, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el entonces fondo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

privado Colmena, haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar, en síntesis, que no existen elementos de juicio que evidencien vicios del consentimiento o dolo durante el traslado de la convocante al RAIS; sumando a ello que esta no contaba con una expectativa legítima, ya que a la celebración del acto acredita menos de 750 semanas de cotización, y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez. Resalta que la demandante no tenía la condición de beneficiaria del régimen de transición, ni tampoco reúne las condiciones establecidas en la sentencia SU 230 de 2013, encontrándose así impedida para retornar al RPM en cualquier tiempo, siendo claro que debe someterse a los mandatos generales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, máxime que la actora en su interrogatorio de parte manifestó que su principal inconformidad es el monto de la pensión que se le reconocería en dicho régimen, lo cual no se constituye en una prueba sobre el engaño o información equivocada suministrada por la AFP demandada, como así lo indicó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira. Señala que no se acredita la información falaz suministrada por Protección, sociedad que para la época solo tenía la obligación de dar información sobre las condiciones del traslado, existiendo en este caso, un desinterés o descuido de la convocante, quien continuó haciendo aportes a su cuenta de ahorro individual de manera libre y voluntaria por más de 20 años.



A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, los descuentos realizados a título de gastos de administración y seguros previsionales han sido establecidos por la ley y se efectúan en ambos regímenes pensionales, destacando que conforme al reporte de cotizaciones de la demandante, estos obtuvieron unas ganancias considerables que se debieron a la debida administración de la AFP, por manera que la sociedad tiene derecho a conservar dichos valores, en virtud de las acreencias mutuas. Agrega que la condena por devolución de gastos de administración, constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, dado que esas sumas no están destinadas a financiar la pensión de vejez de la afiliada, y ya no hacen parte de su cuenta de ahorro individual, porque fueron descontadas mes a mes y pagadas a un tercero de buena fe que nada tiene que ver con el contrato suscrito entre la demandante y Protección. Señala que la aseguradora se ha encargado de brindar protección en caso de ocurrencia de un siniestro de sobrevivencia o de invalidez, de manera que la AFP no tiene cómo recuperar esos dineros, situación que le genera un perjuicio a su propio patrimonio. Concluye indicando que conforme a la sentencia SL2324-2019, no pueden hacerse extensivos los efectos de la ineficacia a los terceros de buena fe, como lo es la aseguradora, amén que la devolución de los aportes no supone una retroactividad plena, por lo que deben mantenerse todas las situaciones consolidadas de buena fe.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Parte demandante: Solicita la confirmación del fallo impugnado indicando que la codemandada PROTECCIÓN S.A. no logró acreditar dentro del plenario que el traslado de régimen efectuado el 15 de Marzo de 1999, estuviese precedido de la suficiente ilustración e información, razón por la cual se vulneró el deber de información contemplado en el Artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y los Artículos 13 Literal B y 271 de la Ley 100 de 1993, por lo que acertó el fallador de primera instancia en dar aplicación al precedente jurisprudencial construido de manera pacífica, unificada y reiterada por la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en las Sentencias reconocidas con los radicados 31989 del 9 de Septiembre de 2008, 33083 del 22 de Noviembre de 2011, 46292 del 3 de Septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de Octubre de 2017, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 361 del 13 de Febrero de 2019, SL 1452 del 3 de Abril de 2019, SL 1421 del 10 de Abril de 2019, SL 1688 del 8 de Mayo de 2019, SL 4360 del 9 de Octubre de 2019, STL 11385 del 18 de Julio de 2017, STL 3196 y 3197 del 18 de Marzo de 2020, jurisprudencia que ha sido enfática en manifestar que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado una información clara, cierta, comprensible, y oportuna, respecto de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos, y consecuencias del cambio de régimen pensional, operando en este tipo de procesos la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado en virtud de lo establecido en el Artículo 1604 del Código Civil, y el Artículo 167 del Código General del Proceso, pues la simple afirmación de no haber recibido la información suficiente como aconteció en el caso de marras, corresponde un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones que logró el traslado; no siendo menos importante advertir que la firma del formulario de afiliación, no acredita un consentimiento informado.

Parte demandada Colpensiones: Al descorrer el traslado para sus alegaciones, la demandada Colpensiones solicitó la revocatoria del fallo



de primera instancia, al considerar que no existen elementos de juicio que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legítima para la actora, como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas, pues había cotizado un total de 580,86 al ISS y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión, amén que no era beneficiaria del régimen de transición, pues para el 1° de abril de 1994, contaba con 31 años, no pudiendo retornar en cualquier tiempo, de manera que deberá someterse a los mandatos del Sistema General de Pensiones en el régimen al cual se encuentra afiliada, en este caso la AFP PROTECCION S.A. Añade que conforme a la sentencia con radicado 2016-0087-01 del 17 de enero de 2017, del Tribunal Superior de Pereira, la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media, pueda resultar superior al que se ha de recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando realizó el traslado, lo haya hecho movida por un engaño o por una equivocada información por parte del FONDO, lo cual ha de tenerse en cuenta en el *examine*, dado que en el interrogatorio de parte manifestó que su inconformidad era la mesada pensional que va a recibir con la AFP.

Parte demandada AFP Protección S.A.: Manifestó que con la condena de primera instancia que ordena devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de administración, se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, y adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN, por lo que la sociedad en mención tiene derecho a conservar esta comisión como restitución



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

mutua a su favor. Igualmente, refiere que con base en el artículo 1746 del C.C. debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió el contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, así las cosas producto de la buena gestión de la AFP la cuenta de ahorro individual obtuvo rendimientos y por eso esta tiene derecho a conservar la comisión de administración si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la parte demandante. Finaliza aduciendo que frente al cobro del 3% destinado para comisión de administración opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación económica por vejez, por lo que son conceptos que prescriben de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del C. S. T, en armonía con el artículo 151 del C.P.L., que establecen que el transcurso del tiempo, de tres (3) años, hace que opere el fenómeno jurídico sobre lo demandado.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende de la documental vista a folios 59 a 70 del expediente digital.

PROBLEMA JURIDICO



Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por JUANITA GIRALDO DUARTE al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORTECCIÓN S.A.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía e la demandante (fl. 29); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 30 a 35 y 158 a 163); certificación de traslado expedido por Colpensiones (fl. 36); historia laboral emitida por Protección S.A. (fl. 37 a 43 y 126 a 136); derecho de petición elevado ante la AFP Protección S.A. y su respuesta (fl. 44 a 58); derecho de petición elevado ante Colpensiones y su respuesta (fl. 59 a 71); formulario de afiliación a la AFP Colmena hoy Protección (fl. 120); historia válida para bono pensional emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 124); comunicaciones emitidas por la AFP Protección S.A. (fl. 124); estado de afiliación de la demandante expedida por Asofondos (fl. 125); comunicados de prensa (fl. 141 a 142); expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd. a folio 157); e interrogatorio de parte rendido por la demandante (medio magnetofónico a folio 168).



Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, por tanto, incluso antes que fueran creadas las AFP, ya existía norma que regulaba la obligación de informar a los usuarios del sistema financiero y que desde la génesis de éstas entró a regularlas.

A su turno, la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero, reiteró como uno de sus principios, el de transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, que conforme al art. 3 literal c) de la citada norma, hace referencia a que *«Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas»*.

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

*A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica;** de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.(...)*

Surge obvio que el alcance del tránsito del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, pudo traer para un contingente de personas la pérdida de la transición; por las características que el mismo supone, es necesario determinar si también en esos eventos puede predicarse simple y llanamente que existió libertad y voluntariedad para que el mismo se efectuara.

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.***

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

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

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

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

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

«En el orden planteado, serán resueltos los problemas jurídicos.»

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

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

1.2. Segunda etapa: Expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010. El deber de asesoría y buen consejo

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció en su artículo 2.º los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

1. Debida Diligencia. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de afiliación a cualquiera de los dos regímenes que conforman el Sistema General de Pensiones, así como respecto de los beneficios y riesgos pensionales de la decisión. En el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán poner de presente los tipos de fondos de pensiones obligatorias que pueden elegir según su edad y perfil de riesgo, con el fin de permitir que el consumidor financiero pueda tomar decisiones informadas. Este principio aplica durante toda la relación contractual o legal, según sea el caso.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

2. *Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente los derechos, obligaciones y costos que aplican en los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*

3. *Manejo adecuado de los conflictos de interés. Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.*

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

El deber de buen consejo fue consagrado en el artículo 7.° de ese reglamento en los siguientes términos:

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.º 016 de 2016. El deber de doble asesoría

El derecho a la información ha logrado tal avance que, hoy en día, los usuarios del sistema pensional tienen el derecho a obtener información de asesores y promotores de ambos regímenes, lo cual se ha denominado la doble asesoría. Esto le permite al afiliado nutrirse de la información brindada por representantes del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en trasladarse de regímenes pensionales, de recibir «asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia».

En consonancia con este precepto, el artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, modificó el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

La asesoría de que trata el inciso anterior deberá contemplar como mínimo la siguiente información conforme a la competencia de cada administradora del Sistema General de Pensiones:

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.
2. Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente.
3. Proyección del valor de la pensión en cada régimen.
4. Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.
5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.
6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1° del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.

El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993,



el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.



Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

De lo dicho es claro que el Tribunal cometió un tercer error jurídico al invertir la carga de la prueba en contra del afiliado, exigiéndole una prueba de imposible aportación.

4. El alcance de la jurisprudencia de esta Corporación en torno a la nulidad del traslado



Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, exige una suerte de perjuicio o menoscabo económico inmediato.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y SL1452-2019, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde



el 8 de mayo de 1984, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones y que milita a folios 158 a 161 del expediente, para luego trasladarse a la AFP Colmena hoy Protección S.A., el 15 de marzo de 1999 (fl. 120), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORIA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colmena hoy Protección S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 120).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que para la época de su traslado el asesor de Colmena le indicó que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer, le señaló que se iba a pensionar con el valor equivalente al salario que percibía en esa época y que su ahorro reportaría unos rendimientos, precisando que la asesoría brindada no superó los 15 minutos. (Medio magnetofónico a folio 168).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de



una conducta omisiva por parte de la AFP Protección S.A., que a todas luces demuestra una inducción al error respecto a la actora, aspecto éste, el cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

Por manera que, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o no tuviere una expectativa legítima; al ser su obligación suministrar la generalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo a la afiliada en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues las personas se pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí, que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, pues se itera, al interior del proceso se acreditó la existencia del vicio en el



consentimiento de la afiliada, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada Protección S.A., al considerar que no era procedente la condena impuesta por dicho concepto en atención a que tales gastos se encuentran proscritos por la legislación colombiana y el fondo los destinó para el fin para el cual fueron creados.

Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

(...)

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

En tal virtud, no le asiste razón a la apelante al censurar la condena por concepto de devolución de los gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para las AFP, de reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones causadas, suma a ello, que no puede desligarse dichos gastos de la incidencia pensional que aquellos tiene frente al derecho pensional, pues los mismos ayudan a construir tal expectativa prestacional, por lo que no puede hablarse de prescripción sobre este tipo de dineros. En consecuencia, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia sobre este aspecto.

Por último, resulta pertinente aclarar, que la decisión aquí adoptada en manera alguna le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

Por lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS.



Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes AFP Protección S.A. y Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000 para cada una.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 16 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JUANITA GIRALDO DUARTE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes AFP Protección S.A. y Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000 para cada una.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Aclara Voto

*-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-
de 2020-*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARINA PINZÓN CHAPETA** CONTRA LA **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** Y **ESPERANZA OLARTE CAVANZO** EN CONDICIÓN DE LITIS CONSORTE NECESARIO. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los diez (10) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **MARINA PINZÓN CHAPETA** a través de apoderada judicial, pretende se declare que le asiste derecho a que la Entidad demandada le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de Luis Fernando Palomino Álvarez (q.e.p.d), en calidad de compañera permanente del causante y en aplicación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003; en consecuencia, se condene a la encartada al reconocimiento y pago del 100% de la pensión de sobrevivientes a partir del 18 de mayo de 2013; el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; la indexación de las sumas reconocidas; las costas y agencias en derecho. Subsidiariamente solicita, se condene a la UGPP al reconocimiento y pago de la prestación pensional de sobrevivientes a partir del 18 de mayo de 2013, de forma proporcional al tiempo convivido con el *decujus*; el reconocimiento de los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas; las costas y agencias en derecho. (fl. 3 a 7 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 7 a 9 del expediente digital, en los que en síntesis advierte que Caprecom mediante Resolución 710 del 15 de abril de 2002, le reconoció una pensión de jubilación al señor Luis Fernando Palomino Álvarez; que estableció una comunidad de vida con el causante, compartiendo techo, lecho y mesa desde el 12 de octubre de 1978 hasta la fecha del deceso del señor Palomino Álvarez; que de dicha unión se procrearon tres hijas; que el deceso del fallecido pensionado acaeció el 18 de mayo de 2013; que el 9 de diciembre de 2013, se presentó a reclamar la sustitución pensional junto con la señora Esperanza Olarte Camacho, quien se había separado del *decujus* años atrás; que mediante Resoluciones RDP005885 de 20 de febrero, RDP009128 de 18 de marzo y RDP 010782 de 31 de marzo, todas de 2014, la Unidad Administrativa



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP, negó el reconocimiento pretendido, bajo el argumento de la existencia de una convivencia simultánea; que la señora Esperanza Olarte Camacho, no ostenta la calidad que argumenta, en tanto al interior del proceso 2001-00401-00, en audiencia de conciliación celebrada el 8 de agosto de 2002, se decidió el divorcio y la liquidación de la sociedad conyugal; que mediante sentencia de 10 de septiembre de 2004, el Juzgado Primero de Familia de Bucaramanga, liquidó la sociedad conyugal conformada entre los señores Esperanza Olarte Camacho y Luis Fernando Palomino Álvarez; que no posee medios económicos necesarios para su sustento, con diversas patologías médicas que requieren un monitoreo frecuente y medicamentos vitalicios.

CONTESTACIÓN: La demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que los requisitos para acceder a la prestación pensional se encuentran taxativamente expresados en la ley, los cuales atienden a la convivencia mínima y la dependencia económica, pedimentos que no se encuentran acreditados en el plenario, si quiera sumariamente. **Excepciones:** Formuló las que denominó prescripción, buena fe, cobro de lo no debido y la genérica o innominada. (fl. 108 a 113 del expediente digital). A su turno, la vinculada **ESPERANZA OLARTE CAVANZO**, a través de curador ad litem, al descorrer el traslado de la demanda, presentó oposición a todas y cada una de las pretensiones principales, entre tanto no se opuso ni se allanó a las aspiraciones subsidiaras, al considerar en esencia, que presentó en la oportunidad procesal los documentos que acreditan el cumplimiento del requisito de convivencia contenido en la ley para hacerse merecedora de la prestación pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Excepciones: Formulo los medios exceptivos que denominó prescripción y la innominada o genérica. (fl. 337 a 340 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 15 de enero de 2021, resolvió **declarar** probada la excepción de buena fe en lo que respecta a los intereses moratorios y no probados los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas; **declarar** que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento del señor Luis Fernando Palomino Álvarez a partir del 18 de mayo de 2013; **condenar** a la demandada UGPP a pagar a la accionante el retroactivo pensional causado desde la fecha del fallecimiento del causante hasta el momento que sea incluida en nómina de pensionados, retroactivo que deberá cancelarse de manera indexada y al cual se le autoriza el descuento a los aportes a seguridad social en salud correspondiente; **absolver** a las UGPP de las demás pretensiones de la demanda. (archivo magnetofónico anexo al expediente digital).

Lo anterior por considerar el *a quo*, que en el presente asunto En el presente asunto se acreditó por parte de la demandante los requisitos exigidos por la norma pensional para hacerse merecedora de la sustitución pensional pretendida, en tanto si bien el causante sostuvo un vínculo matrimonial con la señora Esperanza Olarte Cavanzo, este se disolvió mediante sentencia judicial, liquidándose la sociedad conyugal, y no se probó una convivencia simultánea con posterioridad a dicha disolución, por lo que al acreditarse la convivencia por más de 20 años entre la demandante y el *decujus*, surge patente el derecho la aquí reclamante. En lo referente a los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

intereses moratorios, al ser un proceso que por ley debe ser debatido ante la justicia ordinaria, no se hace posible su imposición.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la parte demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, interpuso recurso de apelación, en el que esgrime, como motivos de disidencia, que no resulta procedente la condena que por concepto de indexación impuso el *a quo*, en tanto la Entidad no tenía la atribución legal para dirimir el conflicto que se presentó entre la demandante y la litisconsorte necesaria, ya que la competencia recaía en el juez laboral, en tal virtud, no surge patente la condena por este concepto.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron de la siguiente manera:

Parte demandada: La demandada **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP**, en la oportunidad para alegar de conclusión allegó escrito en el que peticiona la revocatoria de la sentencia proferida en primera instancia, al considerar, en esencia, que la Entidad no está llamada a responder por ningún emolumento llámese agencias en derecho, costas o intereses de índole alguno, en tanto ha actuado de buena fe y conforme a derecho, siguiendo así los lineamientos para resolver este tipo de controversias, sumó a ello, que la accionante no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

demonstró, dentro del trámite administrativo, la satisfacción de los requisitos para hacerse merecedora de la prestación deprecada.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la documental que milita a folios 31 a 48 del expediente digital.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, el recurso de alzada y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la UGPP, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, establecer si la señora Martina Pinzón Chapeta, en condición de compañera permanente, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, con ocasión a la muerte del pensionado Luis Fernando Palomino Álvarez.

PENSION DE SOBREVIVIENTES

Con miras a resolver la Litis planteada, esta Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, Resoluciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RDP 5885 de 20 de febrero de 2014, RDP 9128 de 18 de marzo de 2014, RDP 10782 de 31 de mayo de 2014 (fl. 31 a 47); registro civil de defunción (fl. 49); registro civil de nacimiento (fl. 50 a 56); registro civil de matrimonio (fl. 58); demanda de divorcio (fl. 60 a 66); diligencia de conciliación dentro del proceso 2001-0401-00 (fl. 67 y 68); sentencia 319 proferida por el Juzgado 1° de Familia de Bucaramanga (fl. 69 a 71); edicto emplazatorio (fl. fl. 72); declaraciones extra proceso (fl. 85 a 97); certificado de afiliación a Saludcoop (fl. 98); certificación emitida por la UGPP (fl. 190); expediente administrativo (archivo 02 folio 117 anexo al expediente digital), documental toda esta que se encuentra en medio digital.

Así mismo, fue absuelto el interrogatorio de parte de la señora Marina Pinzón Chapeta, quien al cuestionársele respecto a la convivencia con el causante aquella señaló que *«Nosotros nos conocimos en el año 78, en octubre del año 78 y duramos como un mes de amigos, y al mes empezamos de novios y en el, como a los, como a los 3 años de novios nos fuimos a vivir»*, seguido, al cuestionársele respecto de si hubo interrupciones en la cohabitación de la pareja afirmó que *«No, no señora, sino que allá vivíamos en la casa de la mamá de él cuando nos fuimos a vivir a Cúcuta y allá vivimos 5 años y ya yo después me vine para acá para Bucaramanga y él venía semanal o quincenal, cada 8 o cada 15 días venía a visitarnos y ya cuando salió pensionado que fue cuando se vino a vivir definitivamente con nosotros»*, y frente a las razones de la diferencia de domicilio señaló que *«Porque nosotros teníamos un apartamento en Bellavista y mi mamá se me enfermó y yo le dije que me quería venir para acá porque yo ya no tenía familia, él sí tenía a la mamá y a los hermanos, yo no tenía a mí familia y yo le dije que me quería venir para acá para Bucaramanga y me dijo pues pidamos el apartamento, que cuando eso lo teníamos arrendado, y vaya para Bellavista y yo la visito, y venía cada 8, cada 15 días, ya después de que salió pensionado se vino definitivamente con nosotros a vivir a Bellavista»*, por último, al indagársele si conocía a la señora Esperanza Olarte Cavanzo adujo que *«Sí señora yo la conozco, porque cuando nosotros empezamos de novios él me dijo que estaba casado con la señora Esperanza y esto, y cuando él venía a visitarnos, ella traía a los hijos y en la noche*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

venia y los recogía con el esposo con el que vive, que ella vive con un señor hace más de 30 años».

A su turno, fueron escuchados los testimonios de Ana Dolores Vera de Martínez, Jorge Enrique González, Doris Niño Rueda, Leticia Rojas Gómez y Wilson Pinzón Marín, quienes al unísono y de forma consistente afirmaron constarles que el causante era quien proveía cada lo necesario para atender las necesidades del hogar, que la demandante y el señor Palomino Álvarez forjaron una comunidad de vida en la que se procreó 3 hijas, que los veían hacer el mercado juntos y compartían espacios de esparcimiento con la citada pareja, también fueron contestes los deponentes al afirmar que nunca tuvieron conocimiento de separación alguna entre la aquí demandante y el *de cujus*, afirmaron que mientras el fallecido pensionado laboraba en Cúcuta, en Adpostal, visitaba a la familia cada 8 o 15 días, y que después de salir pensionado se trasladó definitivamente a la residencia en la que habitaba la señora Pinzón Chapeta y sus hijas.

Efectuadas las anteriores precisiones, esta Sala procede a desarrollar el *sub judice* planteado en líneas anteriores, no sin antes precisar que respecto a la prestación pensional deprecada en el *libelo*, diferente a las pensiones de vejez e invalidez, el afiliado causante y los posibles beneficiarios de la prestación deben cumplir separadamente dos clases de requisitos, a saber, al *de cujus* le correspondía dejar reconocido el derecho a la pensión bien de vejez o invalidez o una densidad de semanas de cotización, y por su parte, los beneficiarios deben acreditar su cualificación legal, ello es, demostrar mediante prueba idónea su calidad respecto del causante, o la dependencia económica cuando se refiere a hijos discapacitados o padres; aclarando que ambos pedimentos deben concurrir para la causación de la pensión de sobrevivientes.



Es menester precisar que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado que es la fecha de fallecimiento del pensionado o afiliado es la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 18 de mayo de 2013, como da cuenta el Registro Civil de Defunción obrante en el expediente y que reposa a folio 49 de las diligencias, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma que estipula:

«**ARTÍCULO 13.** Los artículos [47](#) y [74](#) quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

(...)

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente».

De cara a lo anterior, no existe duda de la calidad de pensionado del señor Luis Fernando Palomino Álvarez (q.e.p.d.), en tanto el extinto Caprecom mediante Resolución 710 de 15 de abril de 2002, le reconoció una pensión de jubilación de manera vitalicia, prestación que fuera objeto de reajustes resultando como ultima mesada pensional percibida por el pensionado la de \$1.308.774 (fl. 32 a 35 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En lo que respecta a la convivencia de la señora Marina Pinzón Chapeta con el causante, al expediente fueron incorporadas sendas declaraciones extra proceso rendidas por Nelson Andrés Gutiérrez, Dolores Vera de Martínez, Antonio María Torres Vasco, Wilson Pinzón Marín, Alfonso Ruiz Ramírez, Edison Bolaños Bonilla y Jorge Enrique González, quienes al unísono dieron fe de la cohabitación de la pareja conformada por la demandante y el fallecido pensionado, por un espacio de más de 20 años de forma ininterrumpida y hasta la fecha del deceso de aquel, en la que compartieron techo, lecho y mesa, procreándose de esa unión tres hijas, tal como se advierte de la documental obrante a folios 85 a 97 del expediente digital.

Por otra parte, se recepcionó los testimonios de Ana Dolores Vera de Martínez, Jorge Enrique González, Doris Niño Rueda, Leticia Rojas Gómez y Wilson Pinzón Marín, quienes al unísono y de forma consistente afirmaron constarles que el causante era quien proveía cada lo necesario para atender las necesidades del hogar, que la demandante y el señor Palomino Álvarez forjaron una comunidad de vida en la que se procreó 3 hijas, que los veían hacer el mercado juntos y compartían espacios de esparcimiento con la citada pareja, también fueron contestes los deponentes al afirmar que nunca tuvieron conocimiento de separación alguna entre la aquí demandante y el *decurjus*, afirmaron que mientras el fallecido pensionado laboraba en Cúcuta, en Adpostal, visitaba a la familia cada 8 o 15 días, y que después de salir pensionado se trasladó definitivamente a la residencia en la que habitaba la señora Pinzón Chapeta y sus hijas.

A lo anterior se suma, que en interrogatorio de parte absuelto por la demandante, al cuestionársele respecto de la convivencia con el causante, esta manifestó que cohabitó con el señor Palomino Álvarez hasta el día del deceso, así mismo, señaló conocer a la señora Esperanza Olarte Cavanzo, quien, a decir de la declarante, sostuvo un



vínculo matrimonial con al causante y procrearon dos hijos, sin embargo, dicha unión cesó con sentencia judicial en la que se liquidó la sociedad conyugal y cesaron los efectos civiles del matrimonio.

Dimana de lo precedente, de un análisis en conjunto del material probatorio recaudado en primera instancia (arts. 60 y 61 CPL), que la señora Marina Pinzón Chapeta y el señor Luis Fernando Palomino Álvarez iniciaron una convivencia desde el año 1981, unión en la que se forjó una comunidad de vida de manera ininterrumpida desde dicha calenda hasta el día del deceso del causante, tal como se indicó en precedencia, perdurando así dicha unión por un lapso de 32 años aproximadamente, cumpliéndose así los requisitos que impone la norma para que la accionante se haga merecedora de la prestación que por esta vía reclama.

Ahora bien, en lo referente a la condición de beneficiaria de la prestación pensional por parte de la señora Esperanza Olarte Cavanzo, si bien en un principio existió un vínculo matrimonial que la ató con el *deujus*, lo cierto es, que en audiencia de conciliación adelantada ante el Juez Primero (1°) de Familia de Bucaramanga, resolvió, entre otras cosas, decretar el divorcio y con ello la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico celebrado entre Luis Fernando Palomino y Esperanza Olarte de Palomino, y declarar disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal; posteriormente, en providencia de 10 de septiembre de 2004, el citado juzgado de conocimiento aprobó el trabajo de partición de los bienes producto de la sociedad conyugal Palomino – Olarte y ordenó la inscripción de la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esa ciudad.

De otro lado, se tiene que ante la encartada compareció la señora Esperanza Olarte Cavanzo con el firme propósito de reclamar la sustitución pensional, y para tal efecto, argumentó y sustentó que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

posterior a la liquidación de la sociedad conyugal, continuó desarrollando una comunidad de vida con el causante, pese a ello, al interior del proceso se logró acreditar que, al menos desde el año 1978 la pareja conformada por el señor Palomino Álvarez y la señora Olarte Cavanzo no sostenían un vínculo forjado en el crisol de la ayuda mutua, pues cuenta de ello dan las obligaciones impuestas al fallecido pensionado por concepto de cuotas alimentarias, tal como se desprende de la documental que reposa a folio 75 del expediente digital, en la que aparece sabana de títulos judiciales por dicho concepto.

Bajo tal orientación, se debe precisar que, en el presente asunto, no se cumplen los presupuestos normativos que impone la norma pensional para que la señora Olarte Cavanzo se haga beneficiaria de la prestación pensional de sobrevivientes. Lo anterior se afirma, por cuanto como se dijo en precedencia, la unión que ató a dicha pareja se extinguió de forma legal desde el mes de agosto de 2002, sin que con posterioridad se acreditara convivencia efectiva entre el causante y la peticionaria; tampoco se advierte, que la separación de los allí intervinientes se haya presentado con ocasión al maltrato intrafamiliar en los términos de la sentencia SL 2010 de 2019, en la que se estudió el derecho que le asiste a los cónyuges que cesan el vínculo marital por razones ajenas a su voluntad; por el contrario, dicha disolución acaeció por la separación de cuerpos de la pareja, aspecto este que le impiden a la aquí vinculada, acceder a la prerrogativa pensional objeto de estudio.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, es surge patente la confirmación de la sentencia proferida en primera instancia, en este aspecto.

DISFRUTE DE LA MESADA PENSIONAL

En lo que atañe a la fecha de disfrute, como se indicó en presidencia, la misma acaece en el momento en que fallece el causante, por manera



que, para el caso de autos, será a partir del 13 de mayo de 2013, tal como lo dispuso el *a quo*, confirmándose así la sentencia apelada en este aspecto.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Sea lo primero advertir, que la excepción de prescripción es el fenómeno jurídico mediante el cual, se pierde el derecho por no haber ejercido la acción, por regla general, en el término de tres años contados a partir del momento en que se consolida o se hace exigible el derecho, según lo reglado en los artículos 488 y 489 del CST y el art. 151 del Código de Procedimiento Laboral.

Así entonces, como quiera que el fallecimiento del causante acaeció el 18 de mayo de 2013; que la reclamación administrativa se elevó el 9 de diciembre de 2013, desatada mediante Resolución RDP 10782 de 31 de marzo de 2014, y que la demanda fuera radicada ante la oficina judicial de reparto el 16 de febrero de 2015, diáfano resulta el fenómeno extintivo del derecho no había operado aún. En tal virtud, se confirmará la sentencia apelada en este aspecto.

INDEXACIÓN DE LAS SUMAS RECONOCIDAS

Censura la encartada la imposición de condena por concepto de indexación impuesta por el sentenciador de primer grado, al considerar que la Entidad no ostenta responsabilidad alguna frente al acaecimiento de una simultaneidad de reclamaciones por parte de las aquí intervinientes.

Para resolver, basta memorar lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 736 de 16 de octubre de 2013, con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverri



Bueno, oportunidad en la que al estudiar la figura de la indexación moduló que:

«Desde la sentencia del 8 de abril de 1991, Rad. 4087, se unificó la jurisprudencia desarrollada hasta ese entonces por las antiguas Secciones Primera y Segunda de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y se concluyó básicamente: i) que la inflación generaba un fenómeno social problemático, en tanto ocasionaba pérdida del poder adquisitivo de la moneda; ii) que ante tal panorama debían adoptarse correctivos tales como la indexación, en aras de restaurar el equilibrio económico; iii) y que esas medidas encontraban su fundamento en principios generales del derecho como la “equidad” y la “justicia”, así como en los artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que “(...) ello no implica reconocer facultades judiciales extraordinarias que transformen al Juez en legislador y que el principio de la equidad sea utilizado como excusa para apartarse del derecho positivo vigente, [pues] resulta importante no perder de vista los objetivos de la propia ley»

Bajo esta orientación, es que para la Sala la indexación es la figura por medio de la cual se pretende compensar las consecuencias propias de la inflación, pues es sabido que el dinero pierde valor con el paso del tiempo, y en razón de ello, los valores que son objeto de reconocimiento mediante sentencia judicial son susceptibles de su aplicación. Es de precisar, que tal como lo dispuso el legislador, la indexación no es una penalización emergente de una actuación sancionable, por el contrario, la indexación hace referencia al resarcimiento de los efectos propios de la pérdida adquisitiva de la moneda.

Por lo expuesto en precedencia, es que para esta Sala no resulta de recibo los reproches formulados por la Entidad encartada, al cuestionar la imposición de condena por concepto de indexación de las sumas reconocidas, pues se itera, dicha condena no surge como una actuación sancionatoria, sino que persigue la compensación sufrida a raíz de la pérdida adquisitiva de la moneda, y es por ello, que sea cual fuere el valor en que fuese condenada la entidad, siempre que entre el momento en que debió pagarse y aquel en que en efecto se pagare haya transcurrido un lapso considerable, se hace necesaria la aplicación de



la indexación, con fundamento a principios generales del derecho como lo son la equidad y la justicia. Razón por la cual, y al no haberse condenado al reconocimiento de interés alguno, surge patente la confirmación de la sentencia apelada en este aspecto.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las mismas estarán a cargo de la única apelante Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, dado el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad sus reparos; se tasan como agencias en derecho la suma de \$400.000, liquídense en primera instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 15 de enero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARINA PINZÓN CHAPETA** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP** y **ESPERANZA OLARTE CAVANZO**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las mismas estarán a cargo de la única apelante Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, dado el resultado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de la alzada y la ausencia de prosperidad sus reparos; se tasan como agencias en derecho la suma de \$400.000, liquidense en primera instancia.

Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ALDO FRANCISCO ANGULO DEL CASTILLO** CONTRA **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los diez (10) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Laura Elizabeth Gutiérrez Ortíz** identificada con cedula de ciudadanía No. 31.486.436 de Yumbo y tarjeta profesional

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

303.924 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **ALDO FRANCISCO ANGULO DEL CASTILLO** actuando en causa propia, pretende se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con la indexación, intereses moratorios, costas y agencias en derecho. (folio 2 -archivo 1 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 2 – archivo 1 del expediente digital, en los que en síntesis advierte que nació el 20 de agosto de 1954; que comenzó su actividad laboral en el año 1974, efectuando aportes de manera discontinua, tanto en el sector privado, como en el sector público hasta el 1º de enero de 2010, reuniendo un total de 1.025 semanas de cotización; que se encuentra inmerso en el régimen de transición; que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez ante la encartada, la cual le fue negada mediante la Resolución 176336 del 20 de junio de 2016, confirmada mediante la Resolución 232344 del 8 de agosto de 2016; que elevó nuevamente solicitud de reconocimiento pensional, la cual fue resuelta de manera desfavorable mediante el acto 2017 2718832.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que aunque el demandante acredita 15 años de



servicios cotizados al 1° de abril de 1994, no cumple con 20 años de servicios en el sector público, conforme a la Ley 33 de 1985; tampoco demuestra 20 años de cotizaciones efectadas ante el ISS y a cajas de previsión social, de acuerdo a la Ley 71 de 1988; no cuenta con 500 semanas dentro de los 20 años anteriores, ni 1000 semanas en cualquier tiempo y mucho menos el mínimo exigido por la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, motivo por el cual no acredita los requisitos establecidos para acceder a la prestación reclamada. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica. (fl. 53 a 63- archico 1 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 5 de agosto de 2020, **condenar** a la demandada a reconocer y pagar a favor del actor la pensión de vejez, en virtud del régimen de transición y en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990, en cuantía equivalente a 1 SMLMV, a partir del 20 de agosto de 2014, junto con las mesadas de junio y diciembre, debidamente indexadas; **autorizar** el descuento sobre el retroactivo pensional causado, en la proporción que en derecho corresponde, de los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud; absolver a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra; **declarar** no probadas las excepciones propuestas; **sin condena** en costas. (archivo de audio del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, no es materia de discusión que el actor es beneficiario del régimen de transición, pues así lo aceptó la demandada en sus diferentes actos administrativos, y se constata de la prueba documental, según la cual al 1° de abril de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

1994, el convocante contaba con más de 15 años de servicios cotizados, lo que además implica que acredita las 750 semanas establecidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, para extender a su favor el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014. Sumó a ello que, el demandante cumplió 60 años el 20 de agosto de 2014, fecha para la cual contaba con 1.025 semanas entre tiempos públicos y privados, que deben ser considerados para efectos de reconocer la prestación de vejez bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990, como así lo estableció el criterio reciente de la Corte Suprema de Justicia. Concluye advirtiendo que no es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios, porque el reconocimiento de la prestación reclamada atiende al nuevo precedente sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que en el presente caso no existe doctrina probable sobre la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, sumando tiempos de servicios públicos y cotizaciones en el sector privado, pues la nueva posición de la Corte Suprema de Justicia fue sentada en una sola sentencia, de manera que es potestad de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, analizar el presente caso y definir que no hay lugar al reconocimiento de la prestación reclamada hasta tanto el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, se pronuncie en diversos casos análogos en el mismo sentido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: En la oportunidad procesal otorgada, la parte demandante allegó escrito de alegaciones finales, en el que en suma peticiona, la confirmación de la sentencia de primera instancia, en cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez a su favor; además, solicita que la liquidación del IBL hallado con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, se ajuste a la remuneración que realmente fue percibida en cada cargo que desempeñó en el sector oficial.

Parte demandada: A su turno, la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones**, describió el traslado para alegar de conclusión, oportunidad en la que solicitó la absolución de las pretensiones incoadas en el escrito de demanda, al considerar que, el actor no cumple los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, pues tan solo acreditó 174 semanas cotizadas al ISS durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad y 428 semanas en todo el tiempo, sumado a que no acredita los 20 años de servicios cotizados que requiere la Ley 71 de 1988, ni las 1.275 para el año 2014, que prevé la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



C O N S I D E R A C I O N E S

RECLAMACION ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se constata de la documental obrante en el expediente administrativo-archivo 3 del expediente digital, consistente en la Resolución GNR 176336 del 20 de junio de 2016 que desata las aspiraciones del actor.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de conocimiento, el recurso de alzada impetrado por Colpensiones y el estudio del grado jurisdiccional de consulta a favor de la citada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar el cumplimiento de los presupuestos normativos para el reconocimiento de la pensión de vejez reclamada.

PENSIÓN DE VEJEZ – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Desde la expedición del Decreto 3041 de 1966, Acuerdo 224 de 1966, Acuerdo 029 de 1983 y Acuerdo 049 de 1990, posteriormente con la Ley 100 de 1993, para adquirir el derecho al riesgo de vejez, es necesario que se consoliden los siguientes requisitos; la edad, la



afiliación, las semanas de cotización y, consecuente, el ingreso base de liquidación y la tasa de reemplazo.

Con miras a resolver la Litis planteada la Sala de Decisión analizará el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, copia de la cédula de ciudadanía del accionante (fl. 8 -archivo 1 del expediente digital), copia de las Resoluciones GNR 232344 del 8 de agosto de 2016, VPB 39224 del 12 de octubre de 2016 y SUB 100942 del 15 de junio de 2017 (fls. 9 a 26 -archivo 1 del expediente digital), Resolución 0385 del 28 de marzo de 2018 expedida por el FONCEP (fls. 28 a 31 -archivo 1 del expediente digital), certificaciones de no pensión expedidas por la UGPP y Colpensiones (fls. 32 y 33 -archivo 1 del expediente digital), comunicación BZ2018_7617667 del 9 de julio de 2018 expedida por Colpensiones (fl. 36 a 37 -archivo 1 del expediente digital), certificado de información laboral expedida por la Contraloría General de la República (fl. 38), expediente administrativo obrante en el expediente digital (archivo No. 3) y reporte de semanas (fls. 68 a 76 -archivo 1 del expediente digital); probanzas de las cuales se colige, que ALDO FRANCISCO ANGULO DEL CASTILLO nació el 20 de agosto de 1954, razón por la cual, el mismo día y mes del año 2014 cumplió 60 años de edad (fl. 8 -archivo 1 del expediente digital), en igual sentido se acredita que aportó al otrora Instituto de los Seguros Sociales como trabajador dependiente, de manera interrumpida, por el interregno del 21 de enero de 1974 al 31 de enero de 2001, 519,29 semanas; igualmente, aportó al Foncep a través de la Secretaría de Hacienda de Bogotá entre el 14 de mayo de 1979 y el 15 de abril de 1985, 304,14 semanas y a través de la Lotería de Bogotá desde el 30 de junio hasta el 7 de diciembre de 1988, 18,28 semanas; finalmente, aportó a Cajanal entre el 27 de noviembre de 1989 y el 31 de diciembre de 1993, a través de la Contraloría General de la República, 205,14 semanas (expediente administrativo-archivo 3 del expediente digital); supuestos fácticos



respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia, a más que dicha prueba documental que se anexó al expediente, no fue reargüida ni tachada de falsa, en su oportunidad legal.

Así las cosas, con el objeto de atender el problema jurídico principal, debe recordarse que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 indicó como finalidad del régimen de transición, otorgar el beneficio a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida que cumplieran con los requisitos de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema (1° de abril de 1994) tenían 35 o más años de edad si son mujeres o, 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, darles aplicación al régimen legal anterior establecido y en el cual se encontraban afiliados, y en consecuencia, se les reconozca el derecho y se liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieran tales requisitos.

Así entonces, el señor ANGULO DEL CASTILLO resulta beneficiario del régimen de transición mencionado, pues así lo reconoció la demandada en la Resolución GNR 176336 del 20 de junio de 2016, y se constata de la prueba documental aportada al informativo, de la cual se extrae que para el 1° de abril de 1994, contaba con un pocos más de 16 años cotizados, lo que igualmente, le permite cumplir con las 750 semanas exigidas por el Acto Legislativo 001 de 2005, circunstancia que extendió dicho beneficio a su favor hasta el 31 de diciembre de 2014, como igualmente, lo acepta la encartada en el acto administrativo en mención.

Al no existir discrepancia respecto de la calidad de beneficiario del régimen de transición del demandante, resta por establecer si le asiste



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, acorde a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta todos los tiempos que fueron cotizados al entonces ISS por diversos empleadores de naturaleza privada, a Cajanal y al Foncep, a través de empleadores de naturaleza pública.

Así, en lo que atañe a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por vía del régimen de transición, considerando para el efecto tiempos cotizados al otrora ISS y los servicios públicos cotizados a cajas de previsión social, o laborados a favor de un empleador de naturaleza pública, ha indicado la Corte Suprema de Justicia en la reciente sentencia SL1947 de 2020 que:

«(...) No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

*De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, **entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de



1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens.» (Resalta la Sala)

El anterior criterio jurisprudencial, ha sido reiterado por el órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en las sentencias SL1981-2020 y SL2523 de 2020, de manera que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas, contrario a lo afirmado en la alzada, dado que en la actualidad dicha interpretación constituye doctrina probable al existir a lo menos 3 pronunciamientos en tal sentido, de manera que la Sala hace suyos los argumentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia y le da plena aplicación al criterio que sobre el tema se encuentra actualmente vigente.

Bajo lo anteriores derroteros, pasa la Sala a verificar si el actor cumple los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, a efectos de acceder al derecho pensional que pretende, para lo cual ha de recordarse que el artículo 12 *ejusdem* exige contar con «a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.»

En el *examine*, se tiene que el demandante cumplió 60 años de edad el 20 de agosto de 2014, como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el expediente (fl. 8 -archivo 1 del expediente digital), además, acredita un total de 1.046,85 semanas, incluidas las cotizaciones realizadas al otrora ISS, a Cajanal y al Foncep, conforme a la historia laboral y las certificaciones laborales obrantes en el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

expediente administrativo (archivo 3 del expediente digital), es decir, que cuenta con más de las 1000 semanas mínimas requeridas por la norma aplicable, de lo cual se concluye que tiene derecho a que su pensión sea reconocida a su favor a partir del 20 de agosto de 2014, fecha en que cumplió con el requisito de edad, conforme a lo dispuesto por los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990.

Ahora, atendiendo a que el fallador de primera instancia estableció el valor de la primera mesada pensional en el monto mínimo posible, esto es, en suma equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, y sobre ello el demandante no formuló ningún reproche a través del recurso de apelación, habrá de confirmarse la sentencia sobre este aspecto, sin que sea atendible su inconformidad expuesta en las alegaciones finales allegadas en esta instancia, por falta de competencia del Tribunal.

No así en relación con la totalidad de las mesadas reconocidas por el A quo, como quiera que al causarse la prestación al 20 de agosto de 2014, esto es, después del 31 de julio de 2011, el demandante tiene derecho únicamente a 13 mesadas al año, como así lo dispone el Acto Legislativo 001 de 2005.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Establecido el derecho en cabeza del demandante, debe procederse a estudiar el fenómeno jurídico de la prescripción alegado en debida forma por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al contestar el introductorio (folio 60 -archivo 1 del expediente digital).

Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva; es así como encontramos que el artículo 488 del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que «...Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto...» (Subraya y resalta la Sala). En este orden de ideas, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, del material probatorio y legalmente recaudado, se evidencia que ANGULO DEL CASTILLO logró su derecho pensional a partir del 20 de agosto de 2014, además, requirió el reconocimiento pensional el 11 de marzo de 2016², mismo que fue decidido negativamente mediante Resolución GNR 176336 del 20 de junio de 2016, contra la cual elevó recurso de reposición y apelación, que fueron desatados desfavorablemente mediante las Resoluciones GNR 232344 del 8 de agosto de 2016 y VPB 39224 del 12 de octubre de 2016³; siendo entonces, desde esta última fecha que el accionante contaba con el término de tres (3) años para radicar demanda ordinaria laboral, lo cual acaeció el 26 de marzo de 2019 como figura en el acta individual de reparto militante a folio 41 - archivo 1 del expediente digital. Razón por la cual, resulta indudable que en el presente asunto no se encuentra afectado el derecho por el fenómeno del trienio prescriptivo, como lo concluyó el Juzgado de Conocimiento.

Dimanando en la confirmación del fallo de primer grado sobre este

² Expediente administrativo archivo 3 del expediente digital.

³ Expediente administrativo archivo 3 del expediente digital.



punto.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte recurrente dado el resultado de la alzada. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000, liquídense en primera instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá el pasado 5 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ALDO FRANCISCO ANGULO DEL CASTILLO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada, que debe entenderse concedida **por 13 mesadas al año**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte recurrente dado el resultado de la alzada. Para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000, liquídense en primera instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ANDRÉS FERNANDO GALINDO RODRÍGUEZ** CONTRA **EMERMÉDICA S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los diez (10) días del mes de marzo del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

SENTENCIA

DEMANDA: El señor **ANDRÉS FERNANDO GALINDO RODRÍGUEZ** por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria

¹ «Artículo 15. Apelación en materia laboral. El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:

1. Ejecutoriada el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita.

Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.

2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



laboral contra **EMERMÉDICA S.A.**, para que mediante sentencia judicial se declare que fue despedido sin justa causa y mientras se encontraba vigente un conflicto colectivo con la convocada; como consecuencia, se condene al reintegro en el mismo cargo o uno de mayor jerarquía, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y demás conceptos laborales legales y extralegales, causados entre la fecha del despido y la del reintegro, indexación, costas y agencias en derecho. (folio 1 - archivo 1 del expediente digital).

De manera subsidiaria, persigue que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización de que trata el artículo 64 del CST.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 4 del archivo 1 del expediente digital, que en síntesis advierten de la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la convocada desde el 2 de junio 2016, para desempeñar el cargo de Médico 6 horas, en virtud del cual el actor ejecutó labores de médico domiciliario, a cambio de un salario equivalente a \$1.755.628. Señala que durante la vigencia de la relación laboral no tuvo ningún llamado de atención, ni proceso disciplinario distinto al que originó la desvinculación, la cual tuvo lugar por decisión unilateral del empleador el 24 de agosto de 2017, aduciendo justa causa, y en específico imputándole una violación grave de las obligaciones, puntualmente el inadecuado diligenciamiento de las historias clínicas, con fundamento en la inspección realizada en el mes de julio de 2017. Agrega que firmó dos actas de compromiso con fechas 8 de mayo y 8 de julio de 2017, en las cuales se obligó a diligenciar de manera completa y adecuada todos los parámetros de la historia clínica; sin embargo, fue citado a diligencia de descargos el 14 de julio de 2017 con ocasión a las auditorías realizadas los meses de marzo, abril y junio de la misma



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

anualidad, situación que conllevó a la apertura formal de proceso disciplinario el 17 de julio de 2017. Indica que no contaba con las condiciones adecuadas para el diligenciamiento manual de las historias clínicas, por lo que incluso, se vio en la obligación de comprar 2 tablas de apoyo para el efecto; que solicitó asesoría sobre la utilización del sistema de historias clínicas digitales, al igual que información sobre la retroalimentación de la auditoría realizada hacia el mes de julio, junto con la verificación de algunas historias clínicas, a fin de demostrar el mejoramiento en el diligenciamiento de las mismas. Aduce que cumplió con los compromisos adquiridos respecto de ellas, precisando que la sociedad no tenía un protocolo definido sobre su diligenciamiento, ni le dio a conocer los parámetros que definían la asignación de unos puntajes o tasas porcentuales sobre su adecuado manejo, aclarando que siempre estuvo por encima del 75% en la valoración subjetiva realizada por el representante del empleador. Señala que nunca conoció el porcentaje a partir del cual se consideraba el incumplimiento de sus obligaciones; que hacía parte de la organización sindical Sintraemermédica, la cual presentó pliego de peticiones el 24 abril de 2017, de manera que a la fecha de terminación de su vínculo laboral que lo fue sin justa causa, existía un conflicto colectivo con la empresa demandada.

CONTESTACIÓN: La demandada **EMERMÉDICA S.A.** manifestó su oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que la desvinculación del demandante se dio con ocasión a la debida acreditación de unos incumplimientos graves y sistemáticos de sus obligaciones laborales y no como una medida retaliativa por estar vinculado a un supuesto conflicto colectivo, máxime que su afiliación a la organización sindical se dio con posterioridad a la apertura del proceso disciplinario en su contra, en una evidente actuación que representa abuso del derecho. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los titulados inexistencia de las obligaciones



demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin causa del demandante, pago y compensación, buena fe, mala fe del demandante, prescripción y la genérica (folios 95 a 142 -archivo 1 del expediente digital).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 23 de octubre de 2020, resolvió **absolver** a la demandada EMERMÉDICA S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante ANDRÉS FERNANDO GALINDO RODRÍGUEZ y **condenar** en costas a la parte actora.

Lo anterior por considerar el *A quo*, que si bien se verifica la existencia del conflicto colectivo cuando el demandante fue despedido, lo cierto es que el finiquito tuvo lugar por decisión unilateral de la demandada con justa causa, dado que el actor en la ejecución de la labor para la cual fue contratado, no acató ni cumplió las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartió su empleador o sus representantes, específicamente, en lo que al diligenciamiento de las historias clínicas atañe, hecho que fue aceptado por este en su diligencia de descargos, en el interrogatorio de parte que se rindió en el proceso, conducta que además, pudo ocasionar perjuicios a los pacientes y a la imagen de la compañía demandada, lo que denota sin lugar a equívocos una negligencia grave que pone en peligro la seguridad de las personas, situación que impide el reintegro bajo el amparo del fuero circunstancial.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como reparos que no existe ningún medio en el expediente que permita establecer que conocía la existencia de un procedimiento parametrizado para auditar las historias clínicas, el cual implicaba la asignación de un porcentaje, que debía ser superior al 90% para superar la obligación del diligenciamiento. Precisa que la única prueba que da fe ello, es la obrante a folio 311, la cual se titula como un documento inactivo u obsoleto, y cuyo contenido no relaciona los



parámetros que se toman en consideración dentro de la auditoría, ni se referencian los porcentajes a asignar, como tampoco el mínimo a partir del cual se concluye que el trabajador incurrió en un incumplimiento de sus obligaciones, lo cual solo vino a ser de su conocimiento a la fecha del despido, circunstancia que viola la mínima garantía de legalidad, como principio previo, para que se pueda conocer la razón del finiquito laboral. Agrega que en la retroalimentación realizada en el mes de abril de 2017, sobre la auditoría a las historias clínicas, realizada en el mes de marzo de la misma anualidad, se hace mención a unas razones genéricas que dan lugar a una mala calificación de 5 historias clínicas, no obstante, al revisar las mismas no se extrae los supuestos incumplimientos señalados por la convocada a juicio, hecho que debió estar demostrar en el caso objeto de estudio; sumando a ello, que en el compromiso que corresponde a la auditoría del mes de abril de 2017, se hizo referencia a una notable mejoría y se exhorta a seguir mejorando en el proceso, lo cual debió ser valorado por el A quo para efectos de calificar la gravedad de la falta presuntamente cometida.

Agrega que en relación con la auditoría del mes de junio de 2017, que en últimas desembocó en el despido, se le indica exactamente lo mismo que en las anteriores, con el agravante que no se le refencia la historia clínica sobre la cual supuestamente persiste el incumplimiento de su parte. Agrega que si bien aceptó en su interrogatorio de parte que no diligenció en forma completa algunas historias clínicas, nunca confensó que ello hubiere ocurrido en relación con las que le fueron relacionadas en la carta de despido, de manera que contrario a lo indicado por el Despacho, no existe prueba de que hubo un error en su diligenciamiento, lo cual debió ser acreditado por la encartada, para que el juez calificara la falta y determinara la justeza del despido. Señala que en el contrato de trabajo, ni el Reglamento Interno se especifica el deber que tiene el médico en relación con el diligenciamiento de las historias clínicas; que conforme a reciente jurisprudencia de la Corte



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Suprema de Justicia, en la que se hace la diferenciación entre el derecho al debido proceso y el derecho de defensa, se establece que al trabajador se le debe brindar la oportunidad de defenderse de manera efectiva, no obstante, la Juez de manera contraria, le impone una carga adicional, cual es que debió informarle al empleador sobre el daño que le pudiera causar, es decir, indicarle que le faltaban las tablas de apoyo para el debido diligenciamiento de las historias clínicas, obligación que debió ser atendida por el empleador, sin que ello implicara un aviso del demandante. Concluye indicando que conforme a los testigos al actor lo llamaron a descargos en una fecha próxima a su afiliación a la Organización Sindical y que si bien aceptó que recibió un CD por parte de la empresa, no existe prueba que el contenido del mismo se relacionara con la parametrización y calificación de las historias clínicas, de suerte que no existe duda que el despido lo fue sin justa causa, y como el despacho aceptó la existencia del conflicto colectivo, el mismo se torna ineficaz en virtud del fuero circunstancial.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron indicando, en síntesis:

Parte demandante: Solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, bajo el argumento que no se demostró que el empleador tuviera protocolos o instrucciones específicas sobre cómo debían llenarse las historias clínicas de los pacientes, tampoco se respetó el principio de legalidad al no haberse socializado con el demandante que existían conductas que llevarían a la terminación del vínculo laboral; menos aún mediaba conocimiento de su parte sobre la existencia de un mecanismo de control sobre el diligenciamiento de las historias clínicas y la forma como éste operaba. Aduce que no se demuestran las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

omisiones endilgadas a cada una de las historias clínicas, precisando que las fallas señalas, como letra poco legible y la omisión en diligenciar datos administrativos, no deben ser calificadas como omisiones graves, máxime que no existe prueba del supuesto daño o perjuicio que se haya generado con ellas, emergiendo en una total desproporción en el despido y por ende, su injusticia. Señala que no se discute que era afiliado a la organización sindical y que esta había presentado un pliego de peticiones que no había sido resuelto para la fecha en la cual se produjo el despido, por lo que reiteró su solicitud de revocar la sentencia impugnada y acceder a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: Al descorrer el traslado para las alegaciones finales solicitó la confirmación del fallo de primera instancia al considerar que, al interior del expediente se acreditó que la carta de despido reunió los requisitos legales, pues se le informaron los hechos por los cuales se tomó la determinación de dar por terminado su contrato de trabajo, misma que es bastante amplia y en la que se indicaron no solo los motivos sino se le puso de presente las historias clínicas, los errores, la calificación que recibió cada una de ellas, se indicó qué clase de incumplimientos se generaron por el trabajador, las normas que infringió frente al contrato de trabajo y la misma ley, la cual en todo caso debía ser conocida por el Código Ético que deben conocer los galenos para el correcto ejercicio de su profesión. Aduce que no puede pasarse por alto el argumento planteado por el apoderado de la parte demandante al sustentar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en relación con la supuesta falta de legalidad de la decisión tomada por parte de la empresa, al disponer la terminación del contrato de trabajo del actor con justa causa a él imputable, precisando que ello comunicó al actor que el mismo incurrió en una justa causa, a la luz de los Numerales 2°, 4° y 6° del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo; así, la conducta omisiva además de denotar un grave acto de negligencia, indisciplina y falta de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

compromiso pudo poner en peligro la vida de muchos pacientes que tuviesen alguna predisposición especial que debía ser tomada en cuenta por el médico de turno para el empleo de un adecuado tratamiento, de suerte que el actor no solo inobservó los deberes de diligencia y cuidado propios como trabajador, sino también como profesional de la salud, pese a que confesó conocer los protocolos de diligenciamiento de las historias clínicas. Concluye manifestando que el simple hecho de que al interior de sociedad existiera un conflicto colectivo para el momento de la desvinculación del actor con justa causa, bajo ningún punto de vista implicaría que en el presente caso era aplicable un fuero circunstancial a su favor, en tanto dicha figura jurídica, consagrada en el artículo 25 del Decreto Reglamentario 2351 de 1965, implica una prohibición al empleador de dar por terminado el contrato de trabajo SIN JUSTA CAUSA de los trabajadores inmersos en un conflicto colectivo, resultando absolutamente claro que la desvinculación del demandante no se encuentra en los supuestos de hecho de la norma, en tanto la terminación de su contrato de trabajo fue de forma unilateral y con justa causa imputable a éste, dados los graves y reiterativos incumplimientos de sus obligaciones laborales en lo que respecta a los lineamientos y procedimientos establecidos por la Empresa para el debido diligenciamiento de las historias clínicas de los pacientes.

Vista la actuación y como la Sala no advierte causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las excepciones del *contestatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por el demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada², el determinar si para la fecha del finiquito la pasiva se encontraba en curso de un conflicto colectivo, como consecuencia, ratificar si ANDRÉS FERNANDO GALINDO RODRÍGUEZ fue desvinculado sin justa causa cuando gozaba de fuero circunstancial y, si deviene el reintegro anhelado.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la empresa demandada en la contestación del *introductorio* y declarado por el Juez de Conocimiento, sin que se exhibiera reparo; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, de los cuales se colige, que ANDRÉS FERNANDO GALINDO RODRÍGUEZ trabajó al servicio de la demandada EMERMÉDICA S.A., desde el 2 de junio de 2016 bajo la modalidad contractual a término indefinido, desempeñando el cargo de médico (folios 23 a 29 -archivo 1 del expediente digital) y devengando como contraprestación directa de sus servicios la suma básica mensual de \$1.755.627 más el valor de

² Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

las comisiones (folio 75 -archivo 1 del expediente digital), mismo que feneció el 24 de agosto de 2017 por decisión unilateral del empleador aduciendo justa causa (fl.59 a 61 -archivo 1 del expediente digital), supuestos fácticos respecto de los cuales no existe controversia en esta segunda instancia.

FUERO CIRCUNSTANCIAL

En el *sub examine*, el señor ANDRÉS FERNANDO GALINDO RODRÍGUEZ implora por el reconocimiento del fuero circunstancial, figura jurídica que fue establecida en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 y, que en su literalidad prescribió:

«Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto»

Así mismo, el artículo 36 del Decreto 1469 de 1978 advierte:

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

Normas en las cuales se fundamenta el fuero circunstancial, o protección constitucional al derecho a la negociación o concertación reglado por el art 56 del Constitución Nacional, que acata las formas pacíficas de dirimir los conflictos laborales entre empleadores y trabajadores, mediante el cual, los dadores de laborio sindicalizados o no sindicalizados que presentaren pliego de peticiones, no pueden ser despedidos durante el trámite de la etapas del conflicto colectivo, comprendido éste, desde la presentación del pliego de peticiones y



hasta la culminación del conflicto, ya sea, por la firma de la convención, del pacto o con el respectivo laudo arbitral debidamente ejecutoriado; y sin que medie justa causa comprobada, previa observancia y cumplimiento de los tiempos regulados en los artículos 432 a 446 el CST sobre las etapas respecto de las cuales se debe realizar el conflicto, ello es, etapa del arreglo directo, pre huelga, huelga o arbitramento (ver sentencias C-622 y C-466 ambas de 2008).

En ese entendido, al presentarse un despido desconociendo tal postulado, el mismo carece de efectos jurídicos y será ineficaz, pues *«esta protección es esencial para la libertad sindical, ya que evita que los afiliados a un sindicato sean despedidos selectivamente con ocasión de un conflicto colectivo y, por esa vía, se diluya el movimiento sindical. Por otro lado, le permite a los trabajadores plantear reivindicaciones laborales sin temor a ser despedidos. En tal sentido, el fuero circunstancial sienta las bases para que los interlocutores sociales entablen diálogos constructivos frente a las condiciones laborales y de empleo en la empresa, sin temor a represalias»*, como lo enseñó la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia SL 3317-2019 con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

En igual sentido, la aludida providencia y la sentencia la SL 13275 de 2015 M.P. Jorge Mauricio Burgos, explicaron que los trabajadores amparados conciernen a aquellos que presentaron el pliego de peticiones al patronal, bien a través de organización sindical ora por algunos prestadores no sindicalizados, sin que se impida cobijar a quien, con posterioridad, decidan ingresar a la organización sindical o al listado de trabajadores elevantes del *petitum*, aduciendo para el efecto que:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

(...)

*Pero si esa protección comprende inicialmente a los trabajadores que hubieren presentado el pliego de peticiones, **nada se opone a que la misma se extienda a aquellos que en el curso del conflicto decidan, de una parte, afiliarse al sindicato que promovió el conflicto y presentó el pliego de peticiones, o de otra, a aquellos no sindicalizados que se adhieran al pliego de peticiones presentados directamente por sus compañeros igualmente no pertenecientes a ninguna organización sindical.** La misma teleología atrás comentada comprende esta hipótesis» (resalta fuera de texto)*

En igual sentido se advirtió en sentencia SL 12995-2017, rad. 53378 de 23 de agosto de 2017, con ponencia del H. Magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruiz que de presentarse el documento de pretensiones mediante la organización sindical, es indispensable que el patrono conozca a cabalidad las calidades sindicales de los integrantes del conflicto, ya que en la legislación colombiana a partir de la expedición de la Constitución de 1991 es permitido el paralelismo sindical, al adoctrinar:

*«Estima la Sala que el Tribunal no incurrió en una interpretación errónea del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, pues tal como él lo aseveró, **en tratándose de trabajadores afiliados al sindicato que presentan un pliego de peticiones, la protección foral tiene como requisito que el empleador conozca de la calidad de sindicalizado del trabajador.** Así lo tiene asentado la jurisprudencia de esta Corporación, verbigracia en la sentencia CSJ SL, 10 de Jul.2012, rad. 39453, a saber:*

*[...] es pertinente recordar que justamente la razón para no acceder el ad quem al reintegro impetrado es que consideró que si bien el actor se afilió al sindicato antes de su despido y con posterioridad a la presentación del pliego, esta situación no se informó al empleador, ni se demostró que este conociera de la misma por cualquier medio probatorio, **por lo que el despido producido no podía tener como consecuencia el reintegro derivado de la protección establecida en el artículo 25 ya citado.***



(...)

En el *sub examine*, teniendo en consideración que la sentenciadora de primera instancia poco dilucidó sobre la garantía foral reclamada por la parte actora, considera la Sala importante referir que como lo afirma el demandante en el *libelo introductorio* y se ratifica de la prueba documental adosada al proceso, en particular la Resolución 0480 de 2019 del 5 de marzo de 2019, mediante la cual el Ministerio del Trabajo convocó e integró el Tribunal de Arbitramento de la empresa demandada, desde el 27 de abril de 2017 la organización sindical SINTRAEMERMÉDICA-USCTRAB impetró pliego de peticiones al patronal EMERMÉDICA S.A., lo que conduce a evidenciar que a la terminación del contrato el 24 de agosto de 2017, se encontraba en auge el conflicto colectivo al interior de la pasiva, empero se había superado con creces el tiempo legal de las etapas del conflicto de que tratan los artículos 433 a 449 del CST y por ende, conforme jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, ya no había protección, pues de los antecedentes del citado acto administrativo se constata que la etapa de arreglo directo se extendió entre el 9 de mayo de 2017 y el 15 de marzo de 2018, amén que los afiliados a la organización sindical el 17 de abril de 2018 decidieron someter el diferendo laboral al Tribunal de Arbitramento, cuya convocatoria fue ordenada por el Ministerio del Trabajo solo hasta el 5 de marzo de 2019 (fl. 73 a 74 -archivo 1 del expediente digital); igualmente, contra el laudo arbitral proferido el 7 de junio de 2019, el recurso de homologación, el cual fue admitido por la Corte Suprema de Justicia el 4 de septiembre de la misma anualidad, sin que el informativo de cuenta de la decisión tomada por la Alta Corporación (fl. 341 -archivo 1 del expediente digital).

De manera que, para la Sala fluye clara la ausencia de cobertura del beneficio del fuero circunstancial a ANDRÉS FERNANDO GALINDO RODRÍGUEZ, que impide ordenar el reintegro pretendido. Empero



procederá a dilucidar los reparos formulados por el recurrente en cuanto a la determinación del A quo sobre la justeza del despido, dadas las pretensiones subsidiarias formuladas en el *libelo* genitor.

DE LA JUSTEZA DEL DESPIDO

Preliminarmente, necesario se torna indicar que bajo el principio de la carga de la prueba, le atañe al ex trabajador demostrar el supuesto del despido y al empleador demandado la justeza en finalizarlo; deviniendo la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de las normas cuyos efectos jurídicos persiguen, en virtud del artículo 167 del C.G.P. y parágrafo del art. 62 del CST.

Así, conforme a la carta de despido trasladada a ANDRÉS FERNANDO GALINDO RODRÍGUEZ calendada 24 de agosto de 2017 (folio 59 a 91 - archivo 1 del expediente digital), la terminación del vínculo contractual entre las partes obedeció a la decisión unilateral del empleador, quien para el efecto adujo:

«Me permito informarle la decisión de la Compañía de terminar su contrato de trabajo, de manera unilateral y con justa causa, con la notificación de esta carta, el día 24 de agosto de 2017, con fundamento en los siguientes graves hechos:

1. La Compañía tuvo conocimiento que Usted incumplió con sus obligaciones laborales, toda vez que en la auditoría realizada el día 08 de julio de 2017, se evidenciaron las siguientes irregularidades en la (sic) Historias Clínicas diligenciadas por Usted, durante el mes de junio de 2017:

- La Historia Clínica número 4767457, contaba con letra poco legible, y tenía un diligenciamiento incompleto de los datos administrativos y de los datos positivos al examen físico, por lo que obtuvo una calificación del 73%.*
- La Historia Clínica número 4764357, contaba con letra poco legible y le hacían falta datos administrativos, por lo que obtuvo una calificación del 86%.*
- La Historia Clínica número 4763937, contaba con letra poco legible, le hacían falta datos administrativos y no contaba con el consentimiento informado, por lo que obtuvo una calificación del 79%.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

- *La Historia Clínica número 4760497, contaba con letra poco legible y le hacían falta datos administrativos y tenían la conducta inespecífica, por lo que obtuvo una calificación del 73%.*

Conforme a lo anterior, Usted incumplió con sus obligaciones como trabajador de EMERMÉDICA lo que denota claramente un acto negligente e irresponsable de su parte y ocasiona que se hayan transgredido los deberes impuestos a Usted en el contrato de trabajo, además de los perjuicios generados para la empresa.

(...) Por esto, la compañía ha perdido la confianza depositada en Usted, la cual resulta de vital importancia, en cargos como el suyo, los cuales requieren de una persona que respete y cumpla con los requerimientos mínimos de la Compañía y que cumpla de forma cabal y oportuna con sus obligaciones contractuales, y ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa de conformidad con los numerales 1° y 5° el artículo 58 y los numerales 2°, 4° y 6° literal a) del artículo 7° del Decreto Ley 2351 de 1965 norma que subrogó el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo...»

Sobre esa forma de terminación del contrato de trabajo, la parte demandante centra su reclamo jurisdiccional en el desconocimiento del principio de legalidad frente al hecho del despido, dado que no pudo tener pleno conocimiento de las razones por las cuales se dio el mismo, en tanto desconocía la existencia de un procedimiento de auditoría, a través del cual se determinaba el cumplimiento de los parámetros en cuanto al diligenciamiento de las historias clínicas a partir de un porcentaje del 90%, amén que los reparos que le fueron realizados en la auditoría del mes de marzo de 2017, no resultan comprobables en el contenido de las historias clínicas sometidas a revisión, y si bien en la auditoría que corresponde al mes de abril de la misma anualidad, se le invitó a continuar mejorando, también le fue resaltada una notable mejoría en relación con el proceso de calificación anterior, lo cual debió ser tenido en cuenta por el Juzgado de primera instancia a la hora de valorar la gravedad de la falta.

Igualmente, precisa que no se le indicó sobre las últimas historias clínicas auditadas los supuestos incumplimientos en los que persistió, y si bien aceptó en su interrogatorio de parte que no diligenció adecuadamente algunas historias clínicas, nunca aceptó que ello



hubiere ocurrido sobre las que fueron relacionadas en la carta de despido, por lo que no existe prueba de los incumplimientos en ella endilgados, máxime que en el Contrato de Trabajo y en el Reglamento Interno de Trabajo nada se estipula en relación con el deber de diligenciamiento de esos documentos, echando de menos la oportunidad para defenderse de manera efectiva como así lo exige la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por manera que su despido se torna injusto, mas aún cuando de la prueba testimonial es claro que su llamado a descargos lo fue en una fecha próxima a su afiliación al sindicato.

Sobre el particular, considera la Sala pertinente recordar la sentencia SL2351-2020 de la Corte Suprema de Justicia, en la cual claramente estableció las condiciones que deben concurrir cuando el empleador decide echar mano de la facultad establecida en la ley, para efectos de dar por terminación el vínculo laboral, aduciendo justa causa:

«Como lo dijo esta Sala en la sentencia SL15245 de 2014, lo antes expuesto no significa que el empleador no tiene límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues, de vieja data, esta Corte ha venido reconociendo garantías del «derecho de defensa» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, en arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral. Estas garantías se pueden resumir así:

- a) *La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos³.*
- b) *La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

- c) *Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo;*
- d) *Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.*
- e) *La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido»*

De lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, que además, se reitera en la sentencia SL4424-2020, advierte la Sala que la justeza del despido se encuentra ligada al cumplimiento de una serie de garantías, que permitan al trabajador no solo conocer los hechos que rodean su despido, sino también tener la oportunidad de pronunciarse sobre ellos, para lo cual no existe fórmulas sacramentales.

Descendiendo al caso objeto de estudio y conforme a los derroteros expuestos, se constata de la carta de despido ya referenciada, que la parte empleadora puso en conocimiento del trabajador los motivos o razones concretas que le llevaron a finalizar el vínculo contractual, y que se circunscriben al indebido diligenciamiento de las historias clínicas que fueron relacionadas una a una en dicha comunicación, en la que además, se indicó de cada cual, los presuntos errores que el empleador evidenció, y que por tales, lo llevó a concluir el vínculo laboral sustentado en los numerales 1° y 5° el artículo 58 y los numerales 2°, 4° y 6° literal a) del artículo 7° del Decreto Ley 2351 de 1965 norma que subrogó el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

De suerte que, no le asiste razón a la parte recurrente cuando afirma que no pudo tener conocimiento de las razones que conllevaron al finiquito, porque la carta de terminación del vínculo es clara en manifestar no solo los hechos que la motivan, sino también las normas



en las que se soporta el empleador y que a su juicio dan lugar a la configuración de la justa causa de despido.

Sumando a ello, los supuestos fácticos aducidos en la comunicación, y relacionados con las fallas detectadas en las historias clínicas que allí se discriminan, sí se encuentran acreditados a partir del elenco probatorio recaudado en el proceso, pues nótese en primer lugar, que en cuanto a la historia clínica número 4767457, se le refirió al demandante que contaba con letra poco legible, le hacían falta datos administrativos y datos positivos al exámen físico, reparos que en efecto se constatan de la documental correspondiente que obra a folios 214 y 215 -archivo 1 del expediente digital, cuyo contenido evidencia un diligenciamiento poco entendible a los ojos de esta Colegiatura y omisiones respecto de los datos administrativos, entendidos estos como la información de identificación del usuario, según se especificó por la encartada en las actas de compromiso allegadas a folios 169 a 171 - archivo 1 del expediente digital.

Nótese que en la historia clínica en referencia, el actor no diligenció el aparte de estado civil y fecha de nacimiento del paciente, como tampoco lugar de residencia, nombre acompañante, teléfono de su acompañante y aseguradora. Igual conclusión se erige al observar las demás historias clínicas referidas en la carta de terminación, dado que sobre la historia clínica 4764357, tal como se le señaló por parte de la empleadora, cuenta con letra poco legible y omite datos administrativos (fl. 216 a 217 -archivo 1 del expediente digital); la historia clínica 4763937, presente letra ilegible, omite datos administrativos y no contiene el consentimiento informado (fl. 217 a 219), falencias que fueron destacadas por la demandada; la historia clínica 4760497, como ésta lo señaló, presente letra poco legible y le hacen falta datos administrativos (fl. 220 a 221 -archivo 1 del expediente digital); finalmente, la historia clínica 4760331 cuenta con letra poco legible y



omite datos administrativos, tal como lo reprochó la convocada a juicio (fl. 222 a 223 -archivo 1 del expediente digital).

Sobre las falencias anotadas, el actor en la diligencia de descargos llevada a cabo el 29 de julio de 2017, después de habersele relacionado las omisiones de cada una de las historias clínicas en referencia, indicó que las razones por las cuales no se encontraron diligenciadas con la totalidad de los parámetros establecidos por la empresa corresponden a la falta de tabla para apoyar en la escritura y la prioridad de la atención del paciente, además, que conforme a ello ha incumplido los compromisos adquiridos sobre este aspecto y que no actuó de manera responsable (fls. 185 a 193 -archivo 1 del expediente digital), siendo ello ratificado en su interrogatorio de parte, pues si bien como lo afirma el apelante nada se le preguntó en relación con cada una de las historias relacionadas en la carta de despido, el actor sí aceptó que en la diligencia de descargos, en la cual se *itera*, fueron éstas puestas en conocimiento, no haber actuado de manera responsable sobre su diligenciamiento, amén que conocía el Decreto que regula esta actividad (Audio -archivo 5 del expediente digital).

Luego, contrario a lo indicado en la alzada, aparte que en la prueba documental adosada, se hacen evidentes las falencias anotadas por la encartada respecto de las historias clínicas de las que se viene hablando, es claro del análisis conjunto del interrogatorio de parte rendido por el actor y de su diligencia de descargos, que existe una aceptación de su parte, en relación con haber incurrido en las falencias que le endilgaron.

Las cuales, conforme a los términos del contrato de trabajo, constituyen un desconocimiento de sus obligaciones especiales, pues en la cláusula tercera las partes pactaron como tales, entre otras: «...el cumplimiento de las normas legales sobre el manejo, custodia y reserva de las historias



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

clínicas» (fl. 145 -archivo 1 del expediente digital, siendo que al constatar la normatividad aplicable al respecto, esto es, la Resolución 1995 de 1999, que se *itera*, el actor indicó conocer como parte de su formación en su interrogatorio de parte, se tiene que su artículo 5° establece sobre el diligenciamiento de las historias clínicas, los siguiente: *«La Historia Clínica debe diligenciarse en forma clara, legible, sin tachones, enmendaduras, intercalaciones, sin dejar espacios en blanco y sin utilizar siglas. Cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma.»*

A su vez, el artículo 8° *ejusdem* consagra que *«Son componentes de la historia clínica, la identificación del usuario, los registros específicos y los anexos»*; igualmente, el artículo 9° sobre la identificación del usuario preceptúa *«Los contenidos mínimos de este componente son: datos personales de identificación del usuario, apellidos y nombres completos, estado civil, documento de identidad, fecha de nacimiento, edad, sexo, ocupación, dirección y teléfono del domicilio y lugar de residencia, nombre y teléfono del acompañante; nombre, teléfono y parentesco de la persona responsable del usuario, según el caso; aseguradora y tipo de vinculación.»*

De lo establecido en las normas en mención, no cabe duda para la Sala que las omisiones en las que incurrió el demandante en relación con la legibilidad de la historia clínica, firmas y los llamados datos administrativos, constituyen un desconocimiento de sus obligaciones contractuales como las que por ley les compete a los profesionales que se dedican a su oficio, de manera que resulta inane la discusión planteada por el convocante en relación con su desconocimiento de los procesos de auditoría llevados a cabo en los últimos 3 meses de vigencia de la relación laboral, sobre distintas historias clínicas que diligenció y sobre el puntaje mínimo requerido para superar la evaluación, porque de la sola constatación de los requisitos establecidos legalmente para efectos de diligenciar la historia clínica, resulta claro advertir que el demandante incurrió en un desconocimiento de las obligaciones que sobre ello le competían.



Ello igualmente, torna superfluo el reparo realizado en torno a que en el presente caso no se encuentra probado que la encartada nunca entregó al actor los protocolos relacionados con el diligenciamiento de las historias clínicas, pues como se indicó, las omisiones que se le endilgan son propias de los parámetros establecidos por el Ministerio de Salud, que deben ser atendidos indistintamente del empleador de que se trate; amén que en todo caso, existe prueba en el paginario que al demandante sí se le extendieron los mismos, porque a folios 231 a 232 -archivo 1 del expediente digital, firmó la entrega de un CD el día 24 de mayo de 2017, contentivo entre otras cosas del procedimiento e instructivos correspondientes a historias clínicas.

Conforme al contexto expuesto, se verifican las omisiones que se le reprocharon al demandante en relación con el diligenciamiento de las historias clínicas a su cargo, así como las justas causas que le fueron referenciadas en la carta de despido, y en particular, las establecidas en los numerales 4 y 6 literal A del artículo 7° del Decreto Ley 2351 de 1965, que subrogó el artículo 62 del CST, a saber:

«4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.

6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos. » (Resalta la Sala)

Lo anterior, en concordancia con el artículo 58 del CST, a saber:

«1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido. » (Resalta la Sala).

Ello es así, porque como se indicó, el debido diligenciamiento de las historias clínicas por parte del demandante constituye un



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

desconocimiento de las obligaciones especiales del trabajador establecidas en el contrato de trabajo, que a su vez se remite a las estipulaciones legales sobre el manejo de las historias clínicas, como lo es la Resolución 1995 de 1999, omisión que en criterio de la Sala, a falta de estipulación expresa en el contrato y el Reglamento Interno de Trabajo, se considera grave, en atención a los procesos de auditoría y retroalimentación que se venían siguiendo sobre el demandante.

Así, nótese que como quedó ampliamente probado y aceptado por las partes, incluso por el convocante en su interrogatorio de parte, los días 13 de abril de 2017, 8 de mayo y 8 de julio de la misma anualidad, suscribió tres actas de compromiso, en las cuales a manera de retroalimentación se le pusieron de presente los resultados de las distintas auditorías que le fueron realizadas sobre 5 historias clínicas escogidas al azar en los meses de marzo, abril y junio, resaltándole las falencias que presentaban sus historias, a partir de lo cual se comprometió a diligenciar de manera completa y adecuada todos los parámetros de las mismas. (fls. 162 a 171 -archivo 1 del expediente digital)

Bajo esa perspectiva, al estar el actuar del actor supeditado a los compromisos adquiridos en las actas de compromiso y persistir en el desconocimiento de sus obligaciones contractuales en las historias clínicas que fueron referenciadas en la carta de despido, y que fueron auditadas por la encartada por tercera vez, pasados dos meses desde la suscripción de la última acta de compromiso, no puede la Sala concluir como lo pretende el recurrente, que los yerros detectados en su diligenciamiento deban ser consideradas como faltas leves, y menos aun cuando el Reglamento Interno de Trabajo en su artículo 51, le da esa connotación a la violación leve de las obligaciones contractuales o reglamentarias del trabajador, cuando tienen lugar en las dos primeras



ocasiones (fl. 254 -archivo 1 del expediente digital), lo cual no es del caso porque en el *examine* el convocante ya había incurrido en el desconocimiento de las mismas por tercera vez a la fecha en que se le citó a diligencia de descargos, que dicho sea de paso lo fue el 17 de julio de 2017 (fl. 183 -archivo 1 del expediente digital), es decir, antes que se le notificara a la empresa de su afiliación a la organización sindical Sintraemermédica, lo cual tuvo ourrencia el 29 de julio de 2017, y muchos después de habéserle realizado a sus historias clínicas las auditorías correspondientes.

Por lo que tampoco es cierto, como lo afirman los testigos, que el procedimiento disciplinario iniciado al actor obedió únicamente a su vinculación al citado sindicato, puesto que de la prueba documental obrante en el proceso no se constata esa circunstancia, ya que de ella se extrae que la empresa convocada solo tuvo conocimiento de esa afiliación hasta la última data en mención.

Así las cosas, las omisiones en las que incurrió el demandante de cara a sus obligaciones contractuales y legales al ser reiterativas y trangresoras de sus propios compromisos, constituyen una afrenta grave, máxime que la función de diligenciar historias clínicas, se encuentra íntimamente ligada al oficio que el demandante desempeña en calidad de médico, y cuyo desconocimiento claramente pone en peligro a las personas que son sujetos de su atención, como se indica en la causal 4^a citada, dado que como lo establece la propia Resolución 1995 de 1999 en su artículo 1º, la historia clínica *«es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención»*, siendo claro que se trata de un medio que contiene información de la mayor relevancia, cuyo manejo inadecuado puede implicar un riesgo para la salud y la vida del paciente.



Concluyendo que se encuentra debidamente comprobada la justa causa de despido, lo que de suyo hace improcedente la indemnización por despido sin justa causa anhelada subsidiariamente en la demanda, no siendo por demás, atendible lo que sobre el derecho de defensa del trabajador aduce su apoderado, porque en el *sub judice*, claramente se le otorgó la oportunidad de ser escuchado en su diligencia de descargos.

Dimanando en la confirmación del fallo absolutorio, pero por las razones que aquí se exponen.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la parte apelante, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 23 octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ANDRÉS FERNANDO GALINDO RODRÍGUEZ** contra **EMERMÉDICA S.A.**, pero conforme a lo dispuesto en la parte motiva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la parte apelante, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000.

Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-