



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **AMED URREGO OSORIO**
DEMANDADO: **POSITIVA S.A.**
RADICACIÓN: **110013105-027-2015-00097-01**
ASUNTO: **APELACIÓN DEMANDANTE**
TEMA: **RE-LIQUIDACIÓN INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor AMED URREGO OSORIO a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a POSITIVA S.A. al reconocimiento y pago del reajuste de la indemnización por incapacidad permanente parcial en cuantía de \$ 13.347.018, junto con la indexación, o la cuantía que liquide el despacho teniendo en cuenta el porcentaje determinado por peritaje; igualmente que se condene a pagar el interés moratorio sobre el reajuste de la incapacidad permanente parcial desde el 29 de diciembre de 2013, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el nació el 10 de noviembre de 1966; que sufrió un accidente de trabajo el 22 de enero de 2012 que le generó traumatismo superficial de tendones y músculos en la pierna izquierda y desgarro oblicuo del cuerno posterior y cuerpo del menisco interno; que la demandada calificó el porcentaje de la capacidad laboral de las secuelas que presentó por el accidente de trabajo con un porcentaje del 14.08%; que presentó inconformidad contra el dictamen emitido por la demandada; que mediante dictamen 6465983 del 26 de abril de 2013 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, emitió dictamen de la pérdida de la capacidad laboral teniendo como diagnostico motivo de calificación "traumatismo de estructuras múltiples de la rodilla" descripción de la deficiencia "restricción de movilidad rodilla dolor – disconfort disminución fuerza muscular" asignando un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 14%; que mediante apoderado presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del dictamen; que la Junta no tuvo en cuenta el dolor neuropático crónico vs

síndrome doloroso regional complejo, por lo tanto, no asignó porcentaje de deficiencia al dolor persistente somatomorfo; que la Junta Regional confirma el dictamen y lo remite en apelación a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, quien a su vez confirma el dictamen y ratifica el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral; que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. realizó el pago por indemnización por incapacidad permanente parcial correspondiente al 14.08 de pérdida de capacidad laboral en cuantía de \$5'983.146; que el ingreso base de liquidación de los últimos meses a la ocurrencia del accidente de trabajo asciende a \$920.484; que mediante dictamen del 1 de diciembre de 2013, la doctora Diana Milena Triana, califica la pérdida de la capacidad laboral de las secuelas del accidente de trabajo con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 41.44% teniendo en cuenta las siguientes deficiencias: Restricción de movimiento de articulación de la rodilla, deficiencia del nervio espinal unilateral específico que afecta extremidad inferior y dolor persistente somatomorfo; que el 10 de junio de 2014 se radicó reclamación administrativa ante la demandada.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 190); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Nacional de Calificación de invalidez No. 6465983 del 23 de septiembre de 2013 se encuentra en firme y no se puede tener en cuenta lo expresado por la señora Diana Milena Triana toda vez que ella no se encuentra vinculada a un ente autorizado por el Estado para emitir dictamen de pérdida de la capacidad laboral y dicho dictamen tampoco fue emitido por un ente colegiado como son las juntas de calificación de invalidez, por lo tanto, ese medio de prueba viola lo preceptuado en el art. 6 de la ley 776 de 2002. Propuso como excepciones de fondo la de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, falta de causa jurídica y buena fe. (fls. 194 a 198).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de marzo de 2020, mediante la cual el Juzgado absolvió a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante, declarando de esta forma probadas las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, falta de causa jurídica y buena fe formuladas por la demandada (fls. 298 a 299).

Su decisión se basó en que en el trámite del proceso se ordenó remitir al demandante a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, que emitió un nuevo dictamen y determinó la pérdida de capacidad laboral del 29,22% estructurada el 3 de diciembre de 2013, dictamen que fue objetado por la parte actora por error grave y por ello la Junta Regional de Calificación de invalidez, emitió un dictamen de pérdida de la capacidad laboral del señor Amed Urrego Osorio en un porcentaje del 14,25% con fecha de estructuración del 18 de junio de 2019. Señaló que el trámite del dictamen se adelantó bajo los lineamientos legales del Código de Procedimiento Civil y no del Código General del Proceso. Para resolver la objeción por error grave, señala que tomará el dictamen de la Junta que evaluó la pérdida de la capacidad laboral del señor Amed Urrego Osorio en el 14,25%, estructurada el 18 de junio de 2019, pues consideró que evaluó las secuelas del accidente de trabajo

ocurrido al demandante, teniendo en cuenta para tal fin las patologías que fueron apareciendo en el paciente luego del suceso y que acoge en forma clara y acertada las normas y los hallazgos médicos del paciente. Que de acuerdo con lo anterior, el demandante no tiene derecho a la reliquidación a la indemnización por incapacidad permanente parcial, por aumento de la pérdida de capacidad laboral que reclama, pues, si bien el dictamen emitido por la Sala 2 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, determinó una pérdida de capacidad laboral del señor Amed Urrego Osorio del 14,25%, y conforme la tabla única de indemnizaciones contenida en el Decreto 2644 de 1994, el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 14% tiene como ingreso base de liquidación el 6,5 salarios, tal como lo aplicó la demandada.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que el dictamen que determinó el 14.08% de pérdida de capacidad laboral es ilegal porque se realizó como consecuencia de una solicitud de objeción grave al dictamen que se había proferido por la Junta Regional, cuando lo correcto era haber dado aplicación del artículos 226 y siguientes del CGP, que establecen frente a su contradicción que se puede solicitar la comparecencia del perito a la audiencia para aportar otro dictamen o realizar ambas actuaciones y esto no fue lo que se realizó, generando que el Juzgado le diera el trámite incorrecto a esta prueba. Por otro lado, señala que dicho dictamen tampoco constituye prueba idónea porque transcurrieron más de 2 años y medio desde que se emitió el dictamen, por lo que las condiciones de salud del afiliado han cambiado y por tanto no puede ser tenido en cuenta, aun mas cuando la demanda fue radicada en el año 2015 solicitando unas secuelas para esa época y lo que está teniendo en cuenta el Juzgado son las secuelas producidas para el año 2019. Por lo anterior, solicita al Tribunal que tenga en cuenta el dictamen emitido el 26 de noviembre de 2016 que estableció el 29,22%, se acceda a la reliquidación de la indemnización en cuantía de \$12.988.029 suma respecto de la cual se debe descontar el valor ya pagado y como consecuencia de ello se accedan a los intereses moratorios.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal para alegar de conclusión el apoderado de la parte demandante pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda, incluido los intereses moratorios.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Acertó la Juez de instancia al tramitar la práctica del dictamen pericial bajo el Código de Procedimiento Civil?, (ii) ¿Al señor AMED URREGO OSORIO le asiste derecho a que se reliquide la indemnización por incapacidad permanente parcial por el aumento de la perdida de la capacidad laboral? y en caso positivo (iii) ¿Resultan procedentes los intereses moratorios?

PRÁCTICA DEL DICTAMEN PERICIAL EN MATERIA LABORAL.

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: (i) Que POSITIVA S.A. a través de dictamen No 441616 del 30 de octubre de 2012, calificó al actor con una PCL del 13.60 %, con fecha de estructuración del 10 de septiembre de 2012 (Fols. 25 a 30); que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, a través de dictamen No 6465983 del 26 de abril de 2013, calificó al demandante con una PCL del 14.08 % con fecha de estructuración del 15 de abril de 2013 (Fols. 34 a 41); que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profirió dictamen No 6465983 del 23 de septiembre de 2013, en la que confirmó el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca (Fols. 49 a 51); que el 13 de noviembre de 2013 la ARL POSITIVA S.A. reconoció en favor del litigioso por activa la suma de \$ 5.983.146 por concepto de Incapacidad Permanente Parcial (IPP), en la que tuvo en cuenta un IBL de \$ 920.484,06, una pérdida de capacidad laboral del 14.08 %, y estructurada el 15 de abril de 2013 (Fol. 57); que en el transcurso del proceso por disposición de la a quo, se ordenó la práctica de dictamen de pérdida de capacidad laboral ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, el cual, tal entidad procedió a emitir a través del dictamen No 6465983-5400 datado el 25 de noviembre de 2016, asignando una PCL 29.22 % con fecha de estructuración del 03 de diciembre de 2013 (Fols. 249 a 251); que debido a que el apoderado judicial del demandante, presentó objeción por error grave contra el anterior dictamen (Fol. 253 a 259), la cognoscente de instancia, mediante auto del 18 de abril de 2018 dispuso la práctica de un nuevo dictamen a cargo de otra Sala diferente a la No 3 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca (Fols. 275); finalmente que, en cumplimiento de lo anterior, la Sala 2 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, profiere dictamen No 116947 del 27 de junio de 2019 en la que establece una PCL del 14.25 % con fecha de estructuración del 18 de junio de 2019 (Fols. 289 a 292).

Lo primero que viene a propósito colegir, es que en materia laboral el CPT y la SS establece en el artículo 51 que son *"Son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley, pero la prueba pericial sólo tendrá lugar cuando el juez estime que debe designar un perito que lo asesore en los asuntos que requieran conocimientos especiales"*, razón por la cual, en lo atinente al dictamen pericial, al no existir regulación específica en el ámbito laboral, se recurre a las disposiciones del otrora CPC, hoy CGP a la luz de lo pregonado en el artículo 145 del Estatuto Adjetivo Laboral.

En ese orden, tenemos que el CPC en el artículo 238, establece la contradicción del dictamen, en la que una vez se corre traslado del mismo, las partes pueden pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave, y en el evento de presentarse esta última, puede el administrador de justicia decretar las pruebas que considere necesarias para resolver el error grave, o decretar de oficio uno nuevo con distintos peritos. Entre tanto, con el advenimiento del CGP, el artículo 228 regula la contradicción del dictamen y establece que la parte contra la cual se aduzca el dictamen podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia, aportar otro o realizar ambas actuaciones, y a renglón seguido precisa que: *"En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave"*.

Conforme lo anterior, tenemos que Ley 1564 de 2012 (CGP) entró a regir íntegramente a partir del 1º de enero del año 2016 para todos los distritos judiciales del país y así fue definido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la

Judicatura a través del Acuerdo No. PSAA15-10392; empero, el artículo 625 ibídem, consagró que, ante el tránsito legislativo, se deben observar para los procesos ordinarios las siguientes reglas:

"a) Si no se hubiese proferido el auto que decreta pruebas, el proceso se seguirá tramitando conforme a la legislación anterior hasta que el juez las decrete, inclusive.

*En el auto en que las ordene, también convocará a la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el presente código. **A partir del auto que decrete pruebas se tramitará con base en la nueva legislación**".*

De acuerdo a lo expuesto, tenemos que la demanda fue presentada el 13 de enero de 2015, conforme acta individual de reparto visible a folio 185 del plenario y solo hasta el 13 de abril de 2016 se desarrolló por parte del Juzgado de conocimiento la audiencia de que trata el art. 77 del CPT y SS, por tal razón, es claro que a partir de la fecha en que se surtió esta diligencia, para el caso que nos concita, la práctica del dictamen pericial debía tramitarse por las sendas del Código General del Proceso; no obstante lo anterior, ello no es óbice para acoger la alzada propuesta por la parte activa, pues de ninguna manera considera la Judicatura que el último dictamen es "ilegal", por las siguientes razones.

El hecho de que la a quo le haya impartido trámite al dictamen conforme los postulados del otrora CPC, no quiere ello decir que se configure la nulidad supra legal del artículo 29 de la Constitución Política, que reza: *"Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso"*, ello por cuanto el contenido y alcance del "debido proceso" no se agota con la simple manifestación de que debía adecuarse el trámite del dictamen al CGP, pues va más allá, al punto que la Corte Constitucional en sentencia SU-159 de 2012 ha adocinado que, para que se presente la exclusión de una prueba por violación al debido proceso, debe tenerse en cuenta entre otros aspectos: *"si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Según esta consideración, se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias o bien sea cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso. El mandato constitucional de exclusión cubre a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita"*.

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia C-496 de 2015, establece que de conformidad con el artículo 29 de la norma superior, existen varias garantías que emanan del debido proceso probatorio, entre estas:

"i) el derecho para presentarlas y solicitarlas, (ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra, (iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción, (iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste, (v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de

realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228) y (vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso". (Negrilla fuera del texto".

De lo expuesto hasta aquí, en el cartulario se observa que desde el auto fechado el 13 de abril de 2016 se ordenó la práctica de un dictamen de pérdida de capacidad laboral ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, dictamen que se rindió el 25 de noviembre de 2016, y sobre el cual, la parte demandante presentó escrito con el asunto "OBJETO POR ERROR GRAVE el dictamen pericial", y solicitó de ser el caso que se *"ordene la calificación de la pérdida de capacidad laboral solicitada por otra JUNTA de Calificación de Invalidez y de esta forma se haga suma combinada de las patologías"*, lo que connota para esta Sala, que lo correcto para el despacho de origen era haber negado tal objeción, por haber desaparecido con el CGP, pero en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción, lo que hizo fue emitir el auto del 26 de mayo de 2017 explicándole que tal objeción se decidiría una vez se resuelva la complementación y aclaración del dictamen que solicitó la entidad encartada, todo ello siguiendo los postulados del CPC.

Luego, una vez se le dio trámite a la aclaración y complementación propuesta por POSITIVA S.A., se procedió por el a quo a enviar al actor a una nueva calificación de pérdida de capacidad laboral ante una Sala diferente, correspondiéndole a la No 3 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, y para ello, profirió auto del 18 de abril de 2018, inclusive, acogiendo la solicitud elevada por la parte actora a folio 272, en la que indica que: *"en atención a que la Junta no realizó las correcciones de la objeción del dictamen y no resolvió las objeciones calificando nuevamente, (...), solicito respetuosamente a su señoría se ordene la calificación de la pérdida de capacidad laboral solicitada por otra JUNTA de calificación de invalidez"*.

Ello así, de manera cristalina se observa que es desafortunada la apelación propuesta por la parte activa de la Litis, ya que de manera sorpresiva en la alzada hace alusión a que el último dictamen es "ilegal" por no haberse ceñido al procedimiento de que trata el CGP sobre el dictamen; empero, ningún reproche en el trámite del proceso efectuó respecto al dictamen inicialmente emitido por la Sala No 3 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, mismo que también se realizó conforme las previsiones del CPC, es decir, el reproche de la alzada solo lo funda en la conveniencia o no para la prosperidad de las suplicas de la demanda, y no porque en efecto se haya vulnerado el debido proceso entendido este como la garantía de haber ejercido el derecho de defensa y contradicción, incluso nótese que el querer de la parte activa es que se ordene la reliquidación de la IPP, pero no teniendo en cuenta el último dictamen de la Sala 2 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, que calificó al actor con un 14.25%, sino que ante su exclusión, quede en firme el dictamen de fecha 25 de noviembre de 2016 de la Sala 3 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, que lo calificó con un 29.22 %, se itera, bajo argumentos de conveniencia, y no porque se le haya pretermitido la oportunidad para ejercer el derecho de contradicción o defensa, máxime que sobre el último dictamen a la luz del artículo 238 del CPC, es inobjetable, y solo procedía la complementación o aclaración.

De otro lado, sí la parte activa de la relación procesal estaba convencida de que el trámite que debía dispensarse al último dictamen debía ser conforme al CGP, no se explica la Sala el memorial allegado a folio 294, en la que de manera equivocada

menciona que desiste de la contradicción del dictamen que dio origen al dictamen de fecha 27 de junio de 2019, de la Sala 2 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, para en su lugar: *"solicito se tenga en cuenta el dictamen aportado por la Sala 3 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca fechado el 25/11/2016"*, es decir, desconoce de tajo el principio de comunidad de la prueba, mismo que establece que en materia probatoria una vez practicada la prueba no se puede desistir de la misma, menos por conveniencia al haberse calificado en un porcentaje menor a los intereses del demandante, y así se puede desprender del artículo 175 del CGP.

Sirva la anterior razón para expresar que no se evidencia la vulneración de ninguna garantía de orden constitucional que permita darle la razón al alzadista, pues no encuentra la Sala que el trámite efectuado al dictamen constituya una irregularidad protuberante que haga imperiosa la necesidad de excluir el último dictamen, pues en ese orden, de ceñirse la Sala al acogimiento de que es una prueba "ilegal" por no dársele el trámite que trae el CGP, acarrearía también excluir el dictamen emitido por la Sala 3 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, datado el 25 de noviembre de 2016, mismo que también se le dio trámite con las disposiciones del CPC, debiendo serlo con el CGP, y en ese horizonte, el pedimento del actor de que se haga la reliquidación teniendo en cuenta el dictamen del 25 de noviembre de 2016 que lo calificó con 29.22 % tampoco se abriría camino para su estudio, razón por la cual, considera la Sala que siguiendo las predicas del artículo 2 del CGP, esto es, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, procederá a estudiar de fondo el problema jurídico planteado, consistente en si le asiste derecho a la re-liquidación de la Incapacidad Permanente Parcial en favor del actor con los dictámenes obrantes en el plenario.

Dictamen de pérdida de capacidad laboral e Indemnización por incapacidad permanente parcial.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de mayo de 2005, rad. 24223, reiterada en proveído SL18016 del 6 de diciembre de 2016, adoctrina que pese a que los falladores de instancia gozan de libertad para valorar las pruebas conforme el artículo 61 del C.P.T y S.S, cuando *"lo hacen respecto de un medio probatorio, como el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, será de perentoria observancia adoptarlo, según mandato expreso de los artículos 41 y SS de la Ley 100 de 199..."*, (...) *"sin perjuicio de lo que puedan deducir de otras pruebas aportadas al proceso y que en un momento dado les ofrezcan una mejor o mayor convicción, por corresponder a la verdad que emerge del proceso."*

Así mismo, ha establecido que el juzgador puede apartarse de la calificación de invalidez proveniente de las juntas, *"«...porque exhiba una equivocación grave o porque los razonamientos del perito encierran una infracción legal...» (CSJ SL3090-2014), empero, "debe apoyarse en otras pruebas que le ofrezcan una mejor convicción, pero no tasar arbitraria e inconsultamente el estado de invalidez"*.

Adicionalmente, el Artículo 241 del C.P.C, hoy 232 del C.G.P, establece que el juez *"apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, y las demás pruebas que obren en el proceso"*.

Con los anteriores basamentos jurídicos y jurisprudenciales, estima la Sala que, no sale adelante la re-liquidación pretensa, por las siguientes razones:

El apoderado judicial de la parte actora, solicita que se tenga en cuenta el dictamen No 6465983-5400, del 25 de noviembre de 2016, que le asignó una PCL del 29.22% con fecha de estructuración del 03 de diciembre de 2013 (Fols. 249 a 251), dictamen respecto del cual la Sala entrará a verificar *"la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos"*, sin que ello implique que se le esté dando la razón al apelante, esto es, que el último dictamen producto de la objeción se esté excluyendo, sino que simplemente para resolver de manera sustancial el problema jurídico planteado resulta práctico detenerse solo al estudio del dictamen que pide el demandante le sea aplicado, además, de conformidad con el artículo 241 del otrora CPC, permite que haga esa valoración, ya que el hecho de haber propuesto objeción por error grave, no significa que el último dictamen sustituya al primero, *"excepto cuando prospere la objeción por error grave"*, circunstancia que no es la del sub examine, pues el último dictamen que valoró al actor no refleja el estado de salud para la fecha en que el demandante solicita la re-liquidación (15/04/2013), ya que la fecha de estructuración de la PCL la asigna para el 18 de junio de 2019, esto es, realizó una evaluación hasta esa calenda, siendo que el objeto del litigio se circunscribe a determinar el porcentaje de PCL para el 15 de abril de 2013.

El dictamen No 6465983-5400 del 25 de noviembre de 2016 de la Sala 3 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, contiene diagnósticos y eventos posteriores a la calificación que en su momento realizó la Junta Regional de Calificación de invalidez de Bogotá y Cundinamarca el 26 de abril de 2013, y que dio como resultado el 14.08 % de PCL, con fecha de estructuración del 15 de abril de 2013 (que corresponde a la fecha en que fue evaluado), a saber; en el dictamen del 25 de noviembre de 2016, se tiene en cuenta un "RM DE RODILLA IZQUIERDA" de fecha 14 de diciembre de 2013, cuya conclusión fue: *"Hiperintensidad de señal de disposición horizontal en el cuerpo del menisco interno en contacto con superficie articular, hallazgo que de ser valorado en correlación con el antecedente de remodelación meniscal a fin de considerar dicho hallazgo como cambio postquirúrgico o desgarro. Fibrosis de la grasa de Hoffa. Engrosamiento del ligamento mucoso"*; igualmente, se apreció una RX DE PELVIS del 13 de febrero de 2014, cuyo resumen dice: *"Integridad ósea. Relaciones coxofemorales y sacroiliacas normales. Espacios cartilaginosos articulares preservados"*.

Así mismo, en la parte de análisis y conclusiones, la Sala 3 de la JRCI de Bogotá y Cundinamarca, da cuenta que en lo referente al diagnóstico de "dolor crónico intratable" no constituye un diagnostico que se haya reflejado para el 15 de abril de 2013, es decir, en el porcentaje de calificación que dio como resultado el 14.08 % de PCL, a pesar de que sí se tuvo en cuenta el dolor en el ítem de las deficiencias como "dolor-disconfort disminución fuerza muscular", pero en lo que respecta al diagnóstico de dolor crónico intratable solo se viene a hacer referencia tiempo después, incluso, en el dictamen del 26 de abril de 2013, respecto al dolor se dice que: *"manejo farmacológico (...) con lo que el dolor disminuye de **8/10 a 6/10**"*, mientras que a folio 112 obra documento de la historia clínica del actor, en la que se hace una evolución del dolor, y para **el 08 de julio de 2013**, fecha posterior a la calificación de la Junta Regional de Calificación de invalidez de Bogotá y Cundinamarca del 26 de abril de 2013, se hace referencia a que *"en junta de clínica del dolor" se prescribió acetaminofén 500 mgrs/hidrocodona 5 mgrs 1 tb c/6hs +Preglabina 75 mgrs c/noche con la que obtuvo aceptable resultado por bajar el*

dolor de **10/10 a 7/10**", y más adelante refiere: "*conducta: dolor crónico somático con componente neuropático*", circunstancias que son determinantes para las resultas del proceso, ya que el actor pretende es que el porcentaje de PCL del dictamen de la Sala 3 de la JRCI de Bogotá y Cundinamarca (25 de noviembre de 2016, con fecha de estructuración del 03 de diciembre de 2013) supla el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez (del 26 de abril de 2013, con fecha de estructuración del 15 de abril de 2013), y así obtener la re-liquidación o reajuste de la IPP, pero ello no es posible, en la medida en que no resulta ajustado a derecho declarar que el actor haya tenido una PCL del 29.22 % para el 15 de abril de 2013.

Igualmente, en el dictamen de la Sala 3 antes indicado, se hace relación a otro diagnóstico no tenido en cuenta para el 15 de abril de 2013, así: "*revisados los antecedentes obrantes en el expediente (...) quien el 22/01/2012 al tratar de coger un asaltante sufrió lesión rodilla izquierda requirió de manejo quirúrgico en Hospital San Ignacio con reparación de meniscos, con persistencia de dolor, 2 años después aparición de lesión de ligamento cruzado anterior, sin posibilidad quirúrgica por tener síndrome de doloroso regional complejo en la actualidad dolor y restricción de la movilidad de rodilla izquierda y atrofia de pierna izquierda*", lo que en efecto llevó a calificar los diagnósticos de "dolor rodilla izquierda" y "restricción movilidad rodilla izquierda", pero en sí tales circunstancias solo se reflejan es con posterioridad al 15 de abril de 2013, ya que si el accidente lo fue el 22 de enero de 2012, los dos años a que refiere la calificación vendrían a ser aproximadamente el 22 de enero de 2014, siendo que el dictamen que arrojó el 14.08 % data del 15 de abril de 2013.

Acota la Sala que la pretensión del actor es obtener la reliquidación de la IPP en un mayor valor por variar el porcentaje de PCL, es decir, que no sea liquidada con el 14.08 %, sino con el 29.22 % y con fecha de estructuración del 15 de abril de 2013, pero tal como se dijo, aquello no está llamado a prosperar; no obstante, el artículo 7º de la ley 776 de 2002, establece que "*En aquellas patologías que sean de carácter progresivo, se podrá volver a calificar y modificar el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral. En estos casos, la Administradora sólo estará obligada a reconocer el mayor valor resultante de restarle al monto de la nueva indemnización el valor previamente reconocido actualizado por IPC, desde el momento del pago hasta la fecha en la que se efectúe el nuevo pago*", lo que significa que, la negativa de las pretensiones aquí establecidas, no constituye una talanquera para que el actor se someta a una nueva calificación para efecto de establecer de acuerdo a sus diagnósticos si procede un aumento de su PCL y si hay lugar a reconocer un mayor valor por parte de la ARL, pero se itera, como aquello no es objeto de este litigio, no queda otro camino para la Sala que confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de marzo de 2020 por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones vertidas en esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

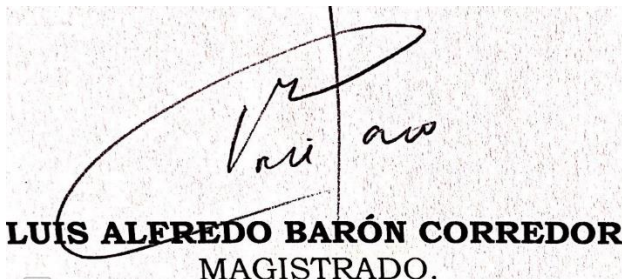
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **RAÚL PIAMONTE VARGAS**
DEMANDADO: **BANCO POPULAR**
RADICACIÓN: **1100131050-0025-2016-00381-01**
ASUNTO: **APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE**
TEMA: **RELIQUIDACIÓN PRESTACIONES**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor RAÚL PIAMONTE VARGAS a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene al BANCO POPULAR a reliquidar y reajustar las cesantías definitivas liquidadas el 21 de febrero de 2013, así como los intereses a las cesantías; que se condene a reliquidar, reajustar y pagar las primas semestrales de junio y diciembre, tanto legales como extralegales, las vacaciones legales y extralegales, indebidamente liquidadas, y las primas de servicios; que se condene a la indemnización moratoria; que se ordene la indexación; de manera subsidiaria pretende que se reliquide o reajuste las primas legales de servicios de junio y diciembre, las primas extralegales de junio y diciembre, las primas de servicios convencionales, las vacaciones legales y convencionales, la prima de vacaciones legal y convencional, correspondiente por lo menos a los últimos 3 años; los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que ingresó a laborar al Banco Popular desde el 04 de octubre de 1974, en calidad de trabajador oficial, cuya vigencia contractual se extendió hasta el 17 de febrero de 2013; que la entidad demandada liquidó las cesantías definitivas con un sueldo básico de \$1.845.165, y un sueldo base de \$3.051.424,45; que por concepto de cesantías se estableció \$101.095.387,55; que por intereses a las cesantías se reconoció \$331.145,06; que el Banco dedujo de la liquidación final la suma de \$79.958.468,55, otorgándole como cesantía neta la suma de \$21.136.919; que en otros devengos liquidó como vacaciones la suma de \$82.007, 33 y prima de vacaciones \$0,00; que el Banco reconoció en la liquidación final por concepto de prima extra anual la suma de \$64.279,77 y \$54.627,53 por prima extra junio semestral como factor base de liquidación; que la entidad demandada reconoció el auxilio de alimentación y

transporte pactado en el artículo 10 y 11 de la Convención Colectiva; que en el Banco existe las organizaciones sindicales "Sintrapopular" y "Uneb", con quienes se ha suscrito convenciones colectivas; que durante la vigencia de la relación laboral se afilió a la UNEB y fue beneficiario de las convenciones colectivas suscritas con el Banco Popular; que además del sueldo básico, el actor devengada anualmente primas extralegales convencionales de junio y diciembre, una prima de servicios, prima extralegal anual, prima convencional de vacaciones, prima arbitral; que la prima de servicios pactada convencionalmente es de 3 meses anuales; que durante la vigencia de la relación laboral y en la liquidación de prestaciones sociales, no se tuvo en cuenta los pagos efectuados por concepto de vacaciones convencionales como factor salarial para la liquidación de la prima de servicios; que la entidad demandada omitió pagar la prima de servicios convencional en junio y diciembre de cada año; que no se liquidó en debida forma la prima de servicios, incluyendo los factores salariales indicados en el artículo 127 del CST, esto es, incluyendo la prima de vacaciones convencional y la legal como factor salarial; que se omitió el 100% de los ingresos salariales semestrales para fijar la prima de servicios de junio y diciembre; que desde 1990 percibía una prima de vacaciones convencional de 49 días de salario; que el Banco omitió pagar proporcionalmente la prima de vacaciones convencional; que en la liquidación definitiva de las cesantías se omitió la prima de vacaciones convencional como integrante de los factores base de liquidación salarial, misma que debía ser la del último año de servicios; que la entidad demandada omitió pagar la prima legal de vacaciones en todo el transcurso de la relación laboral, con la inclusión de la prima de servicios como factor de liquidación vacacional; que la demandada omitió tener como factor salarial el auxilio convencional de alimentación y transporte; que para la liquidación definitiva de cesantías e intereses a las cesantías debía tenerse en cuenta el artículo 19 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1981 y el artículo 249 del CST; que la demandada omitió en la liquidación final de prestaciones tener en cuenta como sueldo básico mensual la suma de \$ 2.087.448, que incluye el sueldo básico mensual de \$ 1.846.165, auxilio de alimentación convencional por \$ 161.495, y auxilio convencional de transporte por valor de \$80.888; que para la liquidación de cesantías debía tener en cuenta 13.903 días; que la suma de las cesantías que debía reconocer el Banco asciende a \$ 156.672.331; que la entidad demandada solo tuvo en cuenta 13.712 días laborados para la liquidación final de las cesantías; que el Banco omitió liquidar el 12% como intereses a las cesantías, que ascendería a la suma de \$18.800.680; que el Banco omitió liquidar los intereses convencionales del 9% anual sobre las cesantías, de conformidad con el artículo 25 de la Convención Colectiva de 1971.

2. Contestación de BANCO POPULAR.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra relacionadas con la reliquidación de prestaciones, especificando que la prima de vacaciones tiene la misma naturaleza que las vacaciones, y por tanto no constituye factor salarial para determinar la base de la liquidación de la prima de servicios; que la prima de vacaciones es factor salarial que se tiene en cuenta para liquidar el auxilio de cesantías de conformidad con el artículo 19 de la Convención Colectiva de 1981; que el auxilio de cesantías obedece al promedio de los devengos establecidos en la convención colectiva de trabajo y corresponde al último año de servicios, es decir, del 01 de junio de 2012 hasta el 31 de mayo de 2013, tal como lo hizo el Banco demandado, aunado a que las primas se tienen en cuenta solo en la proporción que establece la Convención Colectiva de Trabajo y no en la manera como lo pretende el demandante; que para liquidar el auxilio de las cesantías se incluyó como factor de salario las primas extralegales conforme lo dispone el artículo 19 de la Convención Colectiva de 1981; que de

conformidad con el artículo 15 de la Convención Colectiva de 1980, se pactó finalizar el procedimiento para liquidar las cesantías anualizadas, y a partir de enero de 1980 se procedió a aplicar un procedimiento similar al del sector privado, esto es, de manera retroactiva, lo que implica en el caso del demandante, que la liquidación debe corresponder a dos momentos, uno con el sistema anualizado hasta el 31 de diciembre de 1979 y otro de manera retroactiva desde el 01 de enero de 1980 hasta la finalización del contrato de trabajo; que en la liquidación de cesantías se deben descontar 102 días por el cese de actividades en el año de 1976, en consecuencia, el número de días corresponden a 11.927 días; que el Banco liquidó en debida forma todas las prestaciones legales y extralegales, no existiendo saldo a favor del demandante. Como excepciones de mérito rotuló las de falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación, cosa juzgada, cobro de lo no debido, y prescripción.

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de agosto de 2019, mediante la cual el Juzgado declaró probada las excepciones de inexistencia de la obligación reclamada, cobro de lo no debido, y falta de causa, en consecuencia, absolvió al BANCO POPULAR de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, absteniéndose de imponerle costas procesales. (fls. 677 a 678 con Cd de audiencia).

Su decisión se basó en que no estaba en discusión la existencia de la relación laboral y sus extremos desde el 04 de octubre de 1974 hasta el 17 de febrero de 2013, existiendo una interrupción de 102 días en el año de 1976; que de conformidad con el artículo 19 de la Convención Colectiva, las cesantías se liquidan con el promedio del último año de servicios, y respecto de la prima de vacaciones, se toma es el promedio de lo que haya percibido en ese año, y no el valor total de la prima de vacaciones; que respecto de la prima de servicios, no se indica por el actor que conceptos o factores no se tuvieron en cuenta; no obstante, según el punto segundo del pliego, no es cierto que corresponda a 3 meses, sino que establece que mes y medio se pagara en junio, y mes y medio a diciembre, además es imposible saber cuál es el error en que incurrió el empleador, pues el demandante ni siquiera menciona que conceptos no se le tuvieron en cuenta; que respecto de la prima de vacaciones convencional, debió indicar cuando devengó y cuál fue el valor, ya que solo especifica de manera general que no se le canceló en debida forma, pero no especifica cómo debía proceder el Banco; que respecto a la prima de vacaciones, el artículo 26 Convención Colectiva, únicamente se otorga cuando el trabajador entre a disfrutar de sus vacaciones, pero el actor no menciona cuando disfrutó de las mismas, para así establecer si debían entrar en ese último año de servicios, aunado a que en la liquidación final obra el pago por valor de \$ 251.146; sobre las vacaciones, manifestó que a folio 9 obra el pago; que el demandante no logró probar los errores en que pudo haber incurrido el Banco Popular en el cálculo de la liquidación final; que en el caso del demandante, se debe tener en cuenta las normas de orden convencional y legal de los trabajadores oficiales, y no las del sector privado.

Finalmente, respecto a las pretensiones subsidiarias, consideró que son exactamente las mismas esgrimidas como principal.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por el apoderado judicial de la parte demandante, quien manifiesta que no se tuvo en cuenta los datos procesales y la normatividad, así como también las primas extralegales y semestrales; no se tuvo en cuenta la prima extralegal de

vacaciones, y las primas extralegales semestrales; que no se tuvo en cuenta la prima de vacaciones a pesar de que se fue explícito; que la liquidación de cesantías debió hacerse conforme los artículos 127, 249 y 253 del CST; que tenía que haberse tomado en cuenta los intereses de cesantías, prima y servicios, y también las condiciones como trabajador oficial, y la indemnización moratoria por no pago.

5. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal respectiva, la entidad demandada solicita la confirmación de la sentencia, ya que el empleador liquidó conforme a la ley y la convención colectiva todas y cada una de las prestaciones legales y extralegales durante la vigencia de la relación laboral, sin que adeude concepto alguno.

Por su parte, el apoderado judicial del actor solicita se revoque la decisión de instancia y se acceda a las pretensiones incoadas por el actor, y para ello allega una serie de liquidaciones, con la cual soporta sus pedimentos.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Hay lugar a la reliquidación de las acreencias laborales pretendidas en la demanda, en contraste con la liquidación que efectuó el BANCO POPULAR a la terminación del contrato de trabajo?, en caso positivo se abordará sí (ii) ¿Hay lugar a la indemnización moratoria?

CONVENCIÓN COLECTIVA-LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES.

Sea lo primero señalar que en torno de los siguientes supuestos fácticos no hay objeto de controversia: **i)** que entre las partes existe una relación laboral, regida por un contrato a término indefinido desde el 04 de octubre de 1974 hasta el 17 de febrero de 2013 (Fol. 337 a 339 copia del contrato de trabajo y 358 aceptación de la renuncia); **ii)** que el Banco Popular le reconoció y pago la liquidación final de prestaciones sociales con base en 13.712 días laborados, teniendo en cuenta un sueldo básico mensual de \$1.845.165, un salario base para las cesantías de \$3.051.424,45, y reconociendo en total por cesantías un valor de \$101.095.387,55, al que le descontó un pago parcial de \$79.958.468,55, generando un total por reconocer de \$21.136.919, más intereses sobre este último valor de \$331.145, y la suma de \$7.309.993 por concepto de otros devengos (Fol. 359); **iii)** que mediante resolución No 00945 de 1976 se declaró ilegal una suspensión colectiva de trabajo, generando 102 días de ausentismo (Fols. 405 a 409); **iv)** que el demandante fue beneficiario de las convenciones colectivas que militan a folios 415 a 506, recopiladas en el folleto que corre a folios 571 a 635.

Pues bien, se duele el apoderado judicial de la parte actora en la alzada, que el a quo impartió absolucón, a pesar de que en la demanda se plantea de manera explícita la manera cómo debía proceder el Banco Popular con la liquidación de prestaciones sociales, en especial, en lo referente a las cesantías, intereses a las cesantías, primas legales y extralegales, auxilio de alimentación y de transporte, y que ante su no pago, o pago deficitario se debe condenar a la indemnización moratoria;

no obstante, considera la Sala que la demanda como está planteada no es un modelo a seguir, pero entiende que lo pretendido es la reliquidación de las acreencias laborales que hacen parte de la liquidación final de prestaciones sociales, y de manera subsidiaria que por lo menos se reliquiden las mismas prestaciones de las pretensiones principales en los últimos 3 años, para lo cual, lo primero que debe precisarse es que el demandante confunde y hace una mixtura de la manera como se debieron liquidar ciertas acreencias, remitiéndose para el efecto a las normas del CST sobre la materia, cuando en el sub examine nos encontramos frente a un exfuncionario del Banco Popular, en la que fungió como servidor público en calidad de trabajador oficial, debiéndose entonces recordar que el artículo 4° del CST, establece: *"las relaciones de derecho individual del trabajo entre la administración pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del estado, **no se rigen por este código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten**"*.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que, en materia prestacional y salarial en el Banco Popular, se rige por normas de carácter convencional desde el año de 1958, tal como se evidencia del compendio de disposiciones convencionales visible a folios 571 a 635, de allí que, es oportuno traer a colación lo establecido por la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de la jurisdicción ordinaria (SL4982-2017) respecto de la naturaleza y alcance de las disposiciones convencionales, a saber:

"De ahí que la convención colectiva de trabajo haya sido reconocida por antonomasia por la jurisprudencia como una fuente autónoma de derecho, en tanto que, a la par con la ley, los reglamentos, el laudo arbitral y otras normas laborales, establece derechos, obligaciones, deberes y facultades de los sujetos de la relación de trabajo, conclusión que también encuentra asidero en los Convenios 98 y 154 de la OIT, en los que se define el derecho de negociación colectiva como uno de los procedimientos voluntarios idóneos de reglamentación, a través de acuerdos colectivos. Así, lo ha sentado en múltiples oportunidades la doctrina de esta Sala, entre otras, en las sentencias SL9561-1997; SL15987, SL16556 y SL16944, todas de 2001, CSJ SL15605-2016, y más recientemente en sentencia CSJ SL4934-2017.

Entonces, como el contrato colectivo producto de la autonomía de la voluntad de las partes mediante el cual sus suscriptores dictan disposiciones que constituyen verdadero derecho objetivo con efectos vinculantes -como bien lo entiende el recurrente según lo expuesto en el eje central de su ataque-, sus contenidos rebasan las facultades del juez del trabajo a quien le está vedado desconocerlos".

Ello así, desconoce el apoderado judicial de la parte actora que, en lo relacionado con las cesantías, intereses a las cesantías y primas extralegales solicitadas debe necesariamente remitirse a lo que establezca la norma de carácter convencional, y no como lo esgrime en el libelo genitor mezclando las normas de carácter convencional con la manera de liquidación de ciertas prestaciones a la luz del CST.

Sobre las cesantías debe remitirse a lo establecido en el capítulo IX de la Convención Colectiva, en la cual en su numeral 1 establece que a partir del 31 de diciembre de 1979 liquidará y congelará las cesantías, y con posterioridad al 01 de enero de 1980, tanto las cesantías como los intereses a las mismas se regirán por el sistema de retroactividad en su liquidación, y a renglón seguido establece los factores a tenerse en cuenta para su liquidación, entre estos, el último salario ordinario devengado,

auxilio legal y convencional de transporte, auxilio convencional de alimentos, prima técnica y prima de estadía, el promedio mensual de lo devengado en el año o fracción de año inmediatamente anterior a la fecha de liquidación parcial o definitiva por concepto de horas extras, dominicales y festivos, recargo por trabajo nocturno, viáticos y honorarios, el promedio mensual de lo devengado en el año o fracción de año inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación parcial o definitiva por concepto de primas de servicios (excluida una tercera parte de su valor, que corresponde a la prima legal), primas extralegales y prima de vacaciones.

A folio 361 obra una plantilla en la que se encuentra discriminado cada factor que se tuvo en cuenta para hallar el salario base para la liquidación de las cesantías, y allí se encuentra el auxilio de alimentos y de transporte, así como la prima de navidad, haciendo precisión que es equivocada la postura del apoderado judicial del demandante con relación a este último concepto, ya que según su postura debió tenerse en cuenta la totalidad de la prima de vacaciones, pero olvida que para saber el valor de tal prima debe remitirse al numeral 7 del capítulo VIII de la norma convencional que establece que en caso de retiro voluntario del trabajador, sin que hubiese disfrutado de las vacaciones, se le reconocerá tal prima por año completo de servicios o proporcionalmente por fracción de año, siempre que este exceda de 6 meses, y por ello, tal prima no puede ser en su totalidad de 49 días de salario como lo pide el actor, sino la proporcionalidad o doceava, como se encuentra acreditado a folio 361 de \$ 251.147,46, lo que lleva a desestimar esta pretensión.

Frente a los intereses de las cesantías, al ser consecuencial a la reliquidación de las cesantías, corre la misma suerte y se absolverá; empero, como en los hechos de la demanda aduce que la entidad demandada omitió pagarle los intereses legales y convencionales, y que en su parecer dan \$18.800.680, acota la Sala que al respecto nuevamente debe remitirse a las disposiciones convencionales, los cuales se encuentran estipulados en el numeral 3 del capítulo IX, y preceptúa que: *"pagará intereses del 12 % anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o liquidación parcial de cesantías, tenga éste a su favor por concepto de cesantías"*, lo que acertadamente aconteció en la liquidación final, es decir, el reconocimiento de los intereses a las cesantías sobre el valor de los \$21.136.919, y no sobre el "verdadero monto final" por cesantías, es decir, por los \$101.095.387,55, como erradamente lo hace ver el actor, máxime que hizo retiros parciales y en cada uno de ellos se le reconoció los intereses (Fol. 363 a 371).

Sobre la prima de vacaciones consagrada en el numeral 7 del capítulo VII, en el caso del actor, le corresponde 49 días de salario ordinario, pero según tal disposición se reconoce al momento en que el trabajador entre a disfrutar de las vacaciones, y en caso de retiro, solo se reconocerá por año completo de servicios o proporcionalmente por fracción de año, siempre que este exceda de 6 meses, razón por la que, en la liquidación final de prestaciones no se reconoce tal emolumento, pues si hipotéticamente consideramos que su último periodo de vacaciones fue del 04 de octubre de 2011 al 04 de octubre de 2012, y su retiro fue el 17 de febrero de 2013, no han pasado más de 6 meses entre la causación de su último periodo y el retiro del servicio, por lo que al aplicar la norma en cita, no sería acreedor de tal derecho, y ello nos lleva a despachar de manera desfavorable esta pretensión, aunado a que es equivoca la afirmación realizada en el hecho 31 de la demanda, al establecer que tal prima debe liquidarse proporcionalmente hasta la fecha de terminación del contrato, pues como se dijo, la norma convencional no lo permite.

En lo tocante a la prima de servicios, se debe acudir a lo establecido en el numeral 3 del capítulo VIII, el cual establece que se reconocerá mes y medio de salario en junio, y mes y medio de salario en diciembre, lo que sumado, en efecto en el año serían 3 meses como lo menciona el apoderado judicial de la pasiva, pero ello no quiere decir que para la liquidación final de prestaciones sociales deba liquidarse de manera proporcional teniendo como base los 3 meses, pues si el retiro se dio en el mes de febrero de 2013, solo causaría la proporcionalidad de la prima que correspondería en el mes de junio, y por tal motivo, en la liquidación final de prestaciones solo se relaciona el concepto de "prima de servicios – junio" liquidada de manera proporcional del lapso que va desde el 01 de enero hasta el 17 de febrero de 2013, correspondiente a 47 días.

Igualmente, sobre esta prima de servicios, incurre en dislate el apoderado judicial de la pasiva, ya que se logra extraer del relato factual que tal prima de conformidad con el artículo 17 del Decreto 1045 de 1978 es factor salarial para liquidar la prima de vacaciones, pero ello no puede entenderse de esa manera, pues al existir norma convencional debe estarse a lo allí resuelto, máxime que, la norma convencional trae un plus que no establece el Decreto 1045 de 1978, es decir, que en el caso del trabajador aquí demandante, se reconoce por prima de vacaciones 49 días, siendo que en el régimen legal solo son 15 días, aspectos que no puede ahora el actor desconocer y reclamar además de la prima convencional, la prima legal, pues su causación y finalidad es la misma, tanto en el régimen convencional como legal, cambiando solo en la manera en que se reconoce y liquida, pero que en todo caso, al ser beneficiario de la Convención Colectiva, es improcedente pretender beneficiarse de un mismo derecho en doble oportunidad, aunado a que la Convención Colectiva, es un cuerpo normativo que es considerado ley para las partes y de obligatorio cumplimiento tanto para los trabajadores como para el empleador (Sentencia C-009 de 1994).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha establecido que:

"Desde esta perspectiva, los contenidos normativos de la convención no implican ni pueden conducir a la negación de los derechos legalmente consagrados en favor de los trabajadores, pues como se dijo a espacio, dichos acuerdos están previstos para mejorar y superar los mínimos establecidos en el ordenamiento laboral en favor de los trabajadores, más no para establecer expresa o tácitamente su extinción" (SL-4982-2017)

Lo que en efecto acontece con la prima de vacaciones y la prima de servicios, ya que las mismas se encuentran consagradas en la Convención Colectiva de Trabajo de la cual era beneficiario el actor, y supera los mínimos establecidos en las disposiciones legales sobre la materia, pues en el caso de la prima de servicios es un mes y medio pagadero en junio, y otro mes y medio pagadero en diciembre, y respecto de la prima de vacaciones, corresponde dependiendo a la antigüedad del trabajador, y en el sub examine era de 49 días, lo que a todas luces supera lo establecido en el ordenamiento legal que rige a los trabajadores oficiales, y por esa vía, no puede pretenderse obtener la misma prestación dos veces, o recurrir a su liquidación al Decreto 1045 de 1978.

En lo que respecta a las primas semestrales de junio y diciembre, legales y extralegales solo enuncia de manera genérica tal pretensión, y en los hechos reproduce lo establecido en la Convención Colectiva al respecto, pero no se indica cual es el disenso sobre tales conceptos, o si debían liquidarse de manera diferente,

razón por la que ninguna disquisición puede entrar a realizar la judicatura, y si lo que pretende es que tales conceptos no fueron tenidos en cuenta en la liquidación final de prestaciones, en particular la liquidación de las cesantías, precisa la Sala que tales conceptos extralegales si se tuvieron en cuenta para hallar el salario base con la cual se liquidaron las cesantías de manera retroactiva, pues a folio 361 se relaciona la prima de servicios convencional, prima extralegal semestral, y prima extralegal anual.

Finalmente, como las pretensiones subsidiarias en efecto son las mismas que las principales, pero pidiendo su reconocimiento y pago por lo menos de los últimos 3 años, ha de considerarse que los anteriores fundamentos sirven de sostén para despachar de manera desfavorable esas suplicas, y por esa vía, también resulta inane la pretensión de la indemnización moratoria, indexación e intereses moratorios previstos en la ley.

COSTAS

Costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante RAÚL PIAMONTE VARGAS, y a favor de cada uno de la demandada BANCO POPULAR, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado, fijándose como agencias en derecho, la suma de \$302.842, equivalente a 1/3 SMLMV. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de agosto de 2019, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de RAÚL PIAMONTE VARGAS, y a favor de la parte demandada. Fijándose como agencias en derecho, la suma de \$ 302.842, equivalente a 1/3 SMLMV. Las costas de primera instancia se confirman.

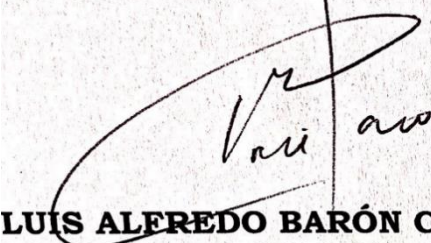
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **EDGAR EMIRO PACHÓN ÁVILA y OTROS.**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y OTROS.**
RADICACIÓN: **110013105-038-2017-00157-01**
ASUNTO: **APELACIÓN DEMANDADAS**
TEMA: **NOVEDAD DE RETIRO- HISTORIA LABORAL.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor EDGAR EMIRO PACHÓN ÁVILA, LIBERTY SEGUROS S.A. y OLD MUTUAL S.A. a través de mandatario judicial instauraron demanda laboral con el fin que se declare que estuvo afiliado al ISS, y que laboró en SKANDIA SEGUROS COLOMBIA S.A., hoy LIBERTY SEGUROS S.A. hasta el 14 de enero de 1990, en consecuencia, se ordene a COLPENSIONES a registrar la novedad de retiro del sistema general de pensiones a partir del 14 de enero de 1990, procediendo a corregir la historia laboral del señor EDGAR EMIRO PACHÓN ÁVILA, y finalmente que se condene a COLPENSIONES a las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 22 de noviembre de 1955; que estuvo afiliado al ISS desde octubre de 1980 hasta el 19 de febrero de 2002; que laboró en SKANDIA SEGUROS DE COLOMBIA S.A., hoy LIBERTY SEGUROS S.A. desde el 01 de octubre de 1980 hasta el 14 de enero de 1990; que el 10 de enero de 1990 renunció al cargo de Subgerente Administrativo de Skandia S.A., hoy Old Mutual S.A., y Skandia Seguros de Colombia S.A., hoy Liberty Seguros S.A., decisión que fue aceptada el 12 de enero de 1990, no obstante laboró hasta el 14 de enero de 1990; que por un error involuntario de La Compañía de Seguros de Vida

Skandia de Colombia S.A., hoy OLD MUTUAL S.A., reportó al ISS la novedad de retiro el 01 de mayo de 1990; que igualmente, por error involuntario de Skandia Seguros de Colombia S.A., hoy Liberty Seguros S.A. reportó ante el ISS la novedad de retiro el 15 de febrero de 1990; que desde el 14 de enero de 1990 no ha cotizado al ISS, y el 20 de febrero de 2002 se trasladó al régimen de ahorro individual; que posterior al traslado de régimen, y una vez se liquidó el bono pensional se detectó que la novedad de retiro de sus ex empleadores había sido posterior al 14 de enero de 1990; que las entidades ex empleadoras solicitaron a través de derecho de petición ante COLPENSIONES la corrección de la novedad de retiro; que en el mismo sentido el señor EDGAR EMIRO PACHÓN ÁVILA ha elevado derechos de petición ante COLPENSIONES, solicitando la corrección, sin embargo ante la ausencia de respuesta, interpuso acción de tutela, en la cual el Juzgado 27 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá en fallo del 23 de julio de 2015 tuteló los derechos fundamentales de petición y debido proceso; que ni el ISS, ni COLPENSIONES han resuelto las solicitudes de la parte actora.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 113 y 114 expediente escaneado); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 COLPENSIONES.: Se opone a las pretensiones incoadas por la parte actora por carecer de fundamentos de derecho, aunado a que no se estructuran los presupuestos fácticos ni legales, ya que la entidad ha actuado conforme a la normatividad vigente en todas y cada una de sus actuaciones. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, y solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones.

3.2 OLD MUTUAL AFP S.A.: Manifestó que no se opone, ni tampoco acepta lo pretendido, solicitando que se declare indemne de cualquier consecuencia económica y/o jurídica derivada de las resueltas del proceso, y en consecuencia se absuelva de todas y cada una de las pretensiones. Como medios exceptivos de defensa esgrimió la de inexistencia de la causa y de la obligación, prescripción, compensación, y buena fe.

3.3 MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO: En defensa de sus intereses aduce que el tema de la corrección y/o actualización de la fecha de retiro no es de competencia del ente Ministerial, y por lo tanto, le corresponde a la AFP OLD MUTUAL S.A. solicitar ante COLPENSIONES la actualización de la historia laboral; que la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no puede cambiar ningún dato del archivo de historia laboral aportado por las AFP; que en el caso del demandante, a través de resolución No 17365 del 28 de noviembre de 2017 procedió a redimir (pagar) el bono pensional, sin que exista actualmente algún trámite por atender en relación con ese bono pensional; que en caso de prosperar la demanda, el valor del bono pensional puede variar y le corresponde a la AFP asumir la diferencia o reintegrar los valores pagados en exceso, aunado a que tal modificación también puede incidir en la mesada pensional que actualmente devenga. Como medios exceptivos de mérito propuso las de, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es una entidad de previsión social, falta de legitimación

en la causa por pasiva, y buena fe. Mediante auto del 11 del 8 de marzo de 2019 se le tuvo por no contestada por extemporánea (Fol. 300)

3.4 PROCURADURIA DELEGADA PARA ASUNTOS CIVILES Y LABORALES.:

interviene en el proceso manifestando que debe estudiarse por parte del despacho el fenómeno de la prescripción, ya que se han efectuado varias reclamaciones administrativas sobre los mismos hechos por los empleados del actor, así como por el mismo demandante. Así mismo, como la decisión puede afectar a terceros como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a quien se le tuvo por no contestada la demanda, e involucra una afectación al erario público al haber emitido un bono pensional tipo A a favor de Old Mutual S.A., solicita que se decreten como pruebas oficiosas las mencionadas en las pruebas documentales por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de noviembre de 2020, mediante la cual el Juzgado declaró que EDGAR EMIRO PACHÓN ÁVILA laboró hasta el 14 de enero de 1990 con la Compañía de Seguros de Vida Skandia de Colombia S.A., hoy Old Mutual Compañía de Seguros de Vida S.A., así como también con Skandia Seguros de Colombia S.A., hoy Liberty Seguros S.A.; ordenó a COLPENSIONES que proceda a registrar la novedad de retiro retroactiva para el 14 de enero de 1990 en su historia laboral, teniendo esta fecha como último día laborado y cotizado por los empleadores Compañía de Seguros de Vida Skandia de Colombia S.A., hoy Old Mutual Compañía de Seguros de Vida S.A., y Skandia Seguros de Colombia S.A., hoy Liberty Seguros S.A.; declaró no probada las excepciones propuestas, y gravó en costas a COLPENSIONES (fls. 2 a 3, documento No 12 expediente digitalizado, con audio de la audiencia).

Su decisión se basó en que de conformidad con el artículo 37 del Decreto 3063 de 1989, se consagra la desafiliación retroactiva cuando el empleador no reporta oportunamente al ISS la desvinculación laboral de un trabajador, siempre y cuando se demuestre tal desvinculación con el escrito de aceptación de la renuncia, recibo de pago de la liquidación final de prestaciones, o título de su consignación, documentos que precisamente obran en el expediente, ya que se allegó la renuncia, la aceptación a la misma, y la liquidación de prestaciones o acreencias laborales; que una vez verificado la prueba documental se constata que los vínculos laborales que sostenía el demandante con sus ex empleadores feneció el 14 de enero de 1990, y en ese orden, deberá COLPENSIONES proceder a la corrección de la historia laboral, incluyendo la novedad de retiro a partir del 14 de enero de 1990; en cuanto a la prescripción consideró que al tratarse de derechos de carácter pensional y que afectan en la construcción de la misma, no opera este fenómeno extintivo; finalmente, sobre la eventual re-liquidación del bono pensional precisó que no es objeto de debate, ya que una vez se haga la corrección de la historia laboral, si hay algún efecto frente al bono pensional, es un asunto que debe ventilarse en otro escenario bien sea administrativo o judicial.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio Público.

- Ministerio de Hacienda y Crédito Público: Manifestó que al aceptarse como fecha de terminación de la relación laboral del señor Edgar Emiro Pachón el 14 de enero y no mayo de 1994, debe el despacho ordenar a Old Mutual S.A. la devolución del mayor valor pagado que se genere del bono pensional, que ya en su momento

fue pagado y redimido, razón por la cual solicita que se ordene a Old Mutual S.S.A., a asumir o devolver los dineros producto de la reliquidación del bono pensional, sin que se pueda esperar que aquello se dirima en un proceso administrativo o judicial.

-MINISTERIO PÚBLICO.: Presenta inconformidad en lo relacionado con la decisión de no pronunciarse frente a los efectos de la decisión, esto es, en cuanto a la reliquidación del bono pensional o si tal decisión de conceder la desafiliación retroactiva afectaba el bono pensional; que si existen elementos para que el despacho en primera instancia, se hubiera pronunciado frente a las consecuencias de la decisión de desafiliación retroactiva en relación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, porque está claramente demostrado que procede dicha desafiliación; no obstante, el efecto útil de haberse vinculado al Ministerio de Hacienda, es precisamente que se defina cuáles son los efectos que ello acarrea en relación con el bono pensional ya emitido por la cartera ministerial.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal respectiva, COLPENSIONES presenta alegatos de conclusión manifestando que el demandante se encuentra recibiendo pensión de SKANDIA S.A., y además el empleador que no reporte la novedad de retiro debe ser sancionado.

Por su parte LIBERTY SEGUROS S.A. solicita la confirmación de la sentencia de primera instancia, mediante la cual ordenó registrar la novedad de retiro retroactiva.

A su vez, OLD MUTUAL S.A. solicitó que no se imponga condena en su contra, ya que no tiene relación jurídica ni nexo con lo pretendido por el actor.

7 CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Es procedente ordenar a COLPENSIONES la corrección de la historia laboral registrando la novedad de retiro a partir del 14 de enero de 1990? Y (ii) ¿Debe emitirse alguna orden respecto a la eventual re-liquidación del Bono Pensional a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público?

HISTORIA LABORAL- NOVEDAD DE RETIRO DECRETO 3063 DE 1989.

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: (i) Que conforme la historia laboral de cotizaciones del ISS, hoy COLPENSIONES, reporta 582 semanas cotizadas entre el 17 de enero de 1975 hasta el 01 de mayo de 1990 (Fol. 120 expediente digitalizado); (ii) Que el señor EDGAR EMIRO PACHÓN ÁVILA laboró para la Compañía de Seguros de Vida Skandia de Colombia S.A., hoy Old Mutual Compañía de Seguros de Vida S.A., desde el 01 de octubre de 1980 hasta el 14 de enero de 1990 (Fols. 38 Expediente Digital); (iii) Que el señor EDGAR EMIRO PACHÓN ÁVILA laboró para Skandia Seguros de Colombia S.A., hoy Liberty Seguros S.A, desde el 10 de octubre de 1980 hasta el 14 de enero de 1990 (Fols. 39 Expediente Digital).

Así las cosas, lo primero que viene a propósito colegir es que, para la fecha en que se pretende la corrección de la historia laboral, la norma vigente era el Decreto 3063 de 1980, en cuyo artículo 37 establece:

"Cuando un patrono no reporte oportunamente al ISS la desvinculación laboral de un trabajador, deberá, para la desafiliación retroactiva correspondiente, demostrar a satisfacción del Instituto, la fecha de la respectiva desvinculación laboral. Se aceptarán, como pruebas, entre otras, el escrito de la aceptación de la renuncia, la liquidación final de prestaciones o el recibo de pago definitivo de las mismas, o el de su consignación.

Producida la desafiliación, el Instituto efectuará los ajustes correspondientes a la cuenta de aportes así como la devolución de los aportes cubiertos, previa cancelación por parte del patrono, del valor de las sanciones que se le impongan por el no reporte oportuno de la novedad de retiro."

En el *sub lite* se tiene que tanto el demandante como las entidades ex empleadoras, procedieron a solicitar ante el ISS, hoy COLPENSIONES sendas solicitudes para la corrección de la historia laboral, particularmente la novedad de retiro, esto es, que se corrija lo atinente a que las cotizaciones solo fueron hasta el 14 de enero de 1990, y para ello, aportaron la renuncia que presentó el señor EDGAR EMIRO PACHÓN ÁVILA el 10 de enero de 1990, la aceptación de la misma, y las liquidaciones de cada uno de los contratos de trabajo con las dos entidades donde laboraba (Fols. 36 a 68, liquidaciones que tiene como extremo final de la relación laboral el 14 de enero de 1990, documental con la cual debía el otrora ISS, hoy COLPENSIONES, proceder a la corrección de la historia laboral, pero no se evidencia ningún trámite o gestión por parte de la entidad de seguridad social, siendo una de sus obligaciones hacerlo, aspecto que resulta más que suficiente para confirmar la decisión de instancia en este aspecto.

Ahora, si bien la norma aplicable (Decreto 3063 de 1989) establece una sanción para el empleador por no reportar de manera oportuna la novedad de retiro, tal sanción no exime a la entidad de seguridad social de hacer o efectuar la corrección de la historia laboral de cotizaciones, máxime que se itera, ninguna gestión o trámite desplegó el ISS, hoy COLPENSIONES en procura de normalizar la novedad de retiro retroactiva pretendida por el actor y las entidades ex empleadoras, al contrario, lo único que hizo fue darle una respuesta negativa al demandante el 24 de febrero de 2015 (Fol. 82), con basamento en que no es posible efectuar la novedad de retiro por no haber sido reportada dentro de lo establecido en el Decreto 3069 de 1989, cuando lo correcto era que, de conformidad con el artículo 37 del decreto aludido, una vez aportados los documentos que acreditan la terminación del vínculo laboral el 14 de enero de 1990, proceder a su corrección, incluso aplicando la sanción respectiva a los ex empleadores, pero se insiste nada de eso se hizo por COLPENSIONES.

Frente a la eventual re-liquidación del bono pensional por parte de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, acota la Sala que el Decreto 1314 de 1994, compilado en el Decreto 1833 de 2016, establece los mecanismo y procedimientos para la tramitación de los bonos pensionales, y en efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL196-2019) ha considerado que se trata de un procedimiento de carácter administrativo, en los siguientes términos:

*"Dicha circunstancia, obligaba a **agotar previamente el procedimiento administrativo de reliquidación del bono**, para poder atender la solicitud de expedición del mismo, gestión que le corresponde adelantar a administradora de pensiones a nombre de su afiliado, para que de esta forma, se corrijan los errores o diferencias encontradas, antes de proceder a negociar el bono pensional, y así poder otorgar la pensión anticipada de vejez pretendida.*

*Ahora, es oportuno recordar que el procedimiento para la liquidación, emisión y expedición de los bonos pensionales tipo A presupone **el agotamiento de las siguientes etapas**: (i) conformación de la historia laboral del afiliado; (ii) solicitud y realización de la liquidación provisional; (iii) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; (iv) emisión; (v) expedición; (vi) redención y (vii) pago del bono pensional" (Negrilla fuera del texto).*

Frente a la variación del monto del bono pensional, también va inmerso en ese trámite administrativo del Decreto 1833 de 2016, y en particular el artículo 2.2.16.7.17, establece:

"VARIACIÓN EN EL VALOR DEL BONO. Cuando el valor de un bono emitido aumente, por efecto de una reclamación, se expedirá un bono complementario por la diferencia. Si el valor disminuye, se anulará el bono vigente y se expedirá uno por el nuevo valor, siempre y cuando el bono no esté en firme. Si el bono estuviere en firme, el responsable de los hechos que determinó la disminución responderá por las sumas que se determinen judicialmente. Cuando haya lugar a un bono complementario, este será emitido por la misma entidad que emitió el bono original.

Para efectos del bono complementario, la diferencia se establecerá entre el valor de un bono que utilice la totalidad de la información, calculado a la fecha de emisión del bono complementario, menos el valor del bono anterior, actualizado y capitalizado hasta dicha fecha. Sin embargo, si el bono que utiliza la totalidad de la información y el bono anterior dan el mismo valor a la fecha de corte, no habrá lugar a bono complementario".

Así las cosas, le asiste razón al a quo al establecer que tanto la solicitud del Ministerio Público, como del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no estaban llamadas a ser objeto de pronunciamiento de fondo en la decisión de instancia, ya que precisamente desborda el objeto del litigio del sub examine, máxime cuando no se tiene certeza si la corrección de la historia laboral afecte el valor del bono pensional, razón por la que, todo lo relativo a la eventual re-liquidación del bono pensional debe primero ceñirse al trámite administrativo expuesto con anterioridad, y ante cualquier controversia, de no ser posible dirimirla entre las mismas entidades participantes del procedimiento, deberán acudir ante la jurisdicción, pero se insiste, este no es el momento para definir sustancialmente el tema como lo plantean los apelantes.

Colofón de todo lo dicho, no queda otro camino para esta Judicatura que impartir confirmación al fallo de primer grado.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2020 por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones vertidas en esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

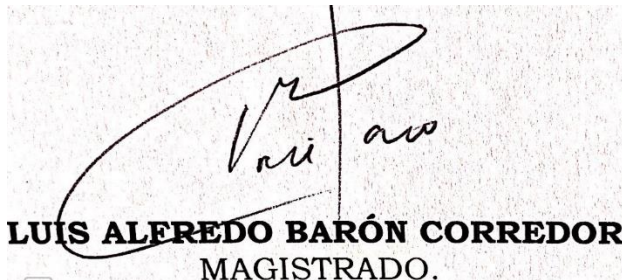
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **GINA GARCÍA SILVA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y COMPENSAR EPS.**
RADICACIÓN: **1100131050- 17-2018-00149-01**
ASUNTO: **APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA**
TEMA: **PAGO SUBSIDIO DE INCAPACIDAD.**

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. GINA GARCIA SILVA instauró demanda ordinaria contra la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM EPS y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y con el fin de que se declare que deben responder por el pago de las incapacidades generadas entre septiembre de 2011 y septiembre de 2014, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que ha estado afiliada a la EPS COMPENSAR y COLPENSIONES, y para el día 20 de enero de 2011 le fue diagnosticada LEUCEMIA MELOIDE AGUDA, siendo hospitalizada en el Hospital San Ignacio, donde inició tratamiento de quimioterapias por el lapso de 6 meses, después se determinó que debía realizarse trasplante de médula ósea; que el trasplante se efectuó el 12 de octubre de 2012 en la Clínica Marly, data para la cual completaba 15 meses de incapacidad por su alto riesgo de recaída; que continuó incapacitada hasta el año 2013 por el riesgo al rechazo post-trasplante; que en julio de 2014 le fue detectada una infección bacteriana denominada NARCADIA PULMONAR Y CEREBRAL, por lo cual siguió incapacitada y en tratamiento durante cuatro meses; que la EPS COMPENSAR reconoció y pago los primeros seis (6) meses de incapacidad

hasta el mes de agosto de 2011; que solicitó a COLPENSIONES el 1 de noviembre de 2012 el reconocimiento y pago del auxilio de incapacidad a partir del 17 de septiembre de 2011, es decir, a partir del día 181 de incapacidad; que el 27 de agosto de 2015 nuevamente solicitó el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad causado desde el 17 de septiembre de 2011 hasta el 03 de septiembre de 2014; que mediante llamada telefónica Colpensiones le indica que debía solicitar la devolución de los documentos para reiniciar el trámite; que los documentos le fueron devueltos el 29 de abril de 2016 por parte de ASALUD LTDA, y siguiendo las instrucciones de COLPENSIONES, el 10 de octubre de 2016 reinició el trámite de reconocimiento y pago del auxilio de incapacidad; que el 11 de noviembre de 2016, COLPENSIONES le da respuesta indicándole que el concepto de rehabilitación (CRE) no realiza un concepto médico claro en cuanto al origen de pérdida de capacidad laboral, motivo por el que le requiere para que allegue el mencionado concepto, donde contenga el origen de pérdida de capacidad laboral; que el 13 de febrero de 2017 elevó derecho de petición ante COMPENSAR EPS solicitando el concepto de rehabilitación requerido por COLPENSIONES; que nuevamente el 13 de febrero de 2017 solicita a COLPENSIONES el reconocimiento de las incapacidades, adjuntando el concepto de rehabilitación, pero la entidad de seguridad social mediante respuesta del 04 de abril de 2017 le niega con fundamento en que operó el fenómeno de la prescripción; que a la fecha de presentación de la demanda ni COLPENSIONES ni COMPENSAR EPS le han cancelado los auxilios de incapacidad generados desde el 17 de septiembre de 2011 hasta el 03 de septiembre de 2014.

2. Contestación de NUEVA EPS S.A. Conforme lo dispuesto en auto del 21 de febrero de 2019 se tuvo por no constada la demanda por parte esta entidad. Respecto a la reforma de la demandada, en su contestación se opone a la totalidad de las pretensiones, argumentando que el demandante ha cometido un error al exigir el pago de las incapacidades otorgadas desde el 27 de marzo de 2018, pues la entidad no le está negando el derecho a ellas, el usuario debe dirigirse al centro de atención al afiliado y solicitar en OAA el formato de solicitud de incapacidades superior a 540 días, adjuntando copia del fallo. No fueron propuestas excepciones de mérito. (fls. 170 a 173)

3. Contestación de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, con fundamento en que a la fecha no le ha sido posible verificar un concepto favorable de rehabilitación claro, donde se pueda evidenciar el origen de la enfermedad, además que las incapacidades no han sido ininterrumpidas por lo que se inician nuevamente los conteos de 180 días. Propuso como excepciones de fondo la de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (fls. 89 a 98).

4. Contestación COMPENSAR EPS. Como réplica a la demanda se opone a las pretensiones formuladas por la actora, con fundamento en que es improcedente el pago de las incapacidades reclamadas, dado que se encuentran prescritas, y en gracia de discusión es a COLPENSIONES a quien le toca reconocerlas. Como excepciones de fondo rotuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva-responsabilidad del fondo de pensiones, materialización de la cosa juzgada constitucional en los fallos de tutela, caducidad de la acción para el reconocimiento y pago de las incapacidades, irretroactividad de la ley, cobro de lo no debido, buena

fe, y las demás que el juzgado encuentre probadas que por no requerir formulación expresa declare de oficio.

5. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 87); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de octubre de 2020, mediante la cual el Juzgado declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y de manera parcial la prescripción, de manera concreta las incapacidades con anterioridad al 16 de mayo de 2014; condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante, el valor equivalente a 71 días de incapacidad causados entre el 30 de diciembre de 2012 al 10 de marzo de 2013, que corresponden a \$ 1.394.390, suma que deberá indexarse desde diciembre de 2013 hasta la fecha en que se efectúe el pago correspondiente; condenó a COMPENSAR EPS a reconocer y pagar a la demandante el valor de \$ 2.114.899 correspondientes a 111 días de incapacidad, comprendido entre el 16 de mayo y el 3 de diciembre de 2013, suma que también se debe indexar desde el 31 de diciembre de 2013 hasta que se efectúe el pago de la obligación. Finalmente, gravó en costas a las entidades demandadas.

Su decisión se basó en que no existía duda de la condición de afiliado del demandante al régimen de seguridad social en salud y al régimen de pensiones a cargo de las entidades COMPENSAR EPS como entidad promotora de salud y Colpensiones como entidad administradora de fondos de pensiones y que patologías que sufre el demandante fueron calificadas como de origen común. Después de hacer alusión a las normas que rigen el tema de las incapacidades, como el artículo 227 del CST, artículo 23 del Decreto 2263 de 2001, Decreto 2943 de 2013 y Ley 1753 de 2015, precisó que la asunción de las incapacidades estaba a cargo del empleador los días 1 y 2, y a partir del día 3 hasta el día 180 a cargo de la EPS, después del día 181 hasta el día 540 a cargo de la AFP, y finalmente, del día 541 en adelante a cargo de la EPS, tal como se ha consolidado por la Corte Constitucional entre otras en sentencia T- 144 de 2016.

Conforme con lo anterior, indicó que la actora reclama el pago de las incapacidades generadas desde el 17 de septiembre de 2011 hasta el 03 de septiembre de 2014, y en ese orden, como quiera que los primeros 180 días fueron pagados por la EPS, sin que sea objeto de discusión en el proceso, corresponde definir a cargo de quien está la obligación de pagar los días 181 hasta el 540, y del 540 en adelante, así las cosas, consideró que a cargo de COLPENSIONES estaba el reconocimiento y pago del periodo correspondiente al 17 de septiembre de 2011 hasta el 10 de marzo de 2013, y a cargo de COMPENSAR EPS desde el 11 de marzo de 2013 hasta el 03 de septiembre de 2014, para lo cual se tiene en cuenta un IBC de un SMLMV.

Ahora, como las entidades accionadas impetraron la excepción de prescripción, la misma prosperó de manera parcial, y en el caso de COLPENSIONES adujo que la reclamación se presentó el 29 de diciembre de 2015, razón por la cual, se encontraban afectas de la prescripción las incapacidades causadas con anterioridad al 30 de diciembre de 2012, y en esa medida la condena impuesta lo fue por las incapacidades del 30 de diciembre de 2012 hasta el 10 de marzo de 2013, lo que generó un valor de \$ 1.394.390; mientras que en el caso de COMPENSAR EPS encontró que al haberse interpuesto previamente una acción de tutela reclamando las incapacidades, el cual fue declarada improcedente, se debe tener en cuenta la

interposición de la acción constitucional como fecha a partir de la cual interrumpió la prescripción, esto es, el 16 de mayo de 2017, lo que genera la prescripción extintiva de las incapacidades causadas con anterioridad al 16 de mayo de 2014, y en ese contexto, condenó a COMPENSAR EPS al reconocimiento y pago de las incapacidades generadas desde el 16 de mayo de 2014 hasta el 03 de septiembre de 2013, correspondiendo un valor de \$ 2.114.899.

Sobre la anterior condena ordenó la indexación por efecto de la pérdida del poder adquisitivo del dinero, a pesar de que no fue solicitada como pretensión de la demanda, y ello lo fundamentó en lo establecido en el artículo 50 del CST, y en las facultades ultra y extra petita.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la accionada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que a folio 19 y 20 del expediente COMPENSAR EPS hace una relación específica de las incapacidades otorgadas a la demandante, pero se establece que hay una última incapacidad el 05 de abril de 2012, y la siguiente data del 01 de junio de 2012, es decir, que transcurrieron 55 días de interrupción, lo que da lugar a la aplicación del concepto No 325547 del 2011, y el artículo 13 de la resolución 2266 de 1989, los cuales establecen que se considera que existe prórroga de la incapacidad cuando no haya interrupción de la misma por más de 30 días, y en el sub examine la interrupción superó ese término, lo que daba lugar a contabilizar nuevamente las incapacidades para establecer a partir de que días le corresponde a cada entidad; así mismo, como se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción por incapacidades anteriores al 30 de diciembre de 2012, ninguna obligación adeuda COLPENSIONES a la actora.

7. Alegatos de conclusión: Estando en la oportunidad procesal, COLPENSIONES solicita se absuelva a la entidad demandada, ya que se generó una interrupción en las incapacidades superior a 30 días, lo que hace que se reiniciara a contar los días de incapacidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer (i) ¿Las incapacidades debidas a la actora entre el 30 de diciembre de 2012 y el 10 de marzo de 2013, deben ser asumidas por Colpensiones?, (ii) ¿La interrupción de las incapacidades por un lapso superior a 30 días genera que nuevamente se vuelva a contabilizar los días que debe asumir cada entidad de previsión social, o al ser el mismo diagnóstico se entiende que es prórroga de la inicial? y (iii) ¿La EPS COMPENSAR actuó dentro de los límites establecidos en el art. 142 del Decreto 019 de 2012, es decir, allegó el concepto de rehabilitación en los términos legales?

Marco jurídico de las incapacidades

En orden a resolver adecuadamente el problema jurídico planteado, basta precisar que, sobre el tema del pago de las incapacidades médicas, su desarrollo ha sido por vía jurisprudencial, predominantemente de la Corte Constitucional, la que ha defendido los lineamientos ya trazados, precisando a cargo de qué entidad del sistema de seguridad social corresponde asumir el pago de las incapacidades superiores a los 180 días.

Para ello, viene a propósito traer a colación la sentencia T-140 de 2016, pues estructura *in extenso* todo el marco normativo referente a este tema, desde la vigencia del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, luego del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y seguidamente del artículo 23 del Decreto Reglamentario 2463 de 2001, normativa esta última que es la norma vigente aplicable al caso bajo estudio, precedente judicial en el que aquilató que *"la jurisprudencia de la Corte ha determinado que, por regla general, las obligaciones de pago de las incapacidades temporales a cargo de las Entidades Promotoras de Salud terminan cuando el afiliado ha cumplido los 180 días de incapacidad, siendo de cuenta de las Administradoras de Fondos de Pensiones las prestaciones económicas que se generen a partir del día 181"*.

Igualmente, frente a las interrupciones de las incapacidades y la entidad que debe asumir el pago de las mismas, vale la pena traer en comentario la sentencia T-401 de 2017, en la que, en un caso de similares contornos referido a varias incapacidades y a la responsabilidad de las entidades de seguridad social obligadas a su reconocimiento, precisó:

*"Ahora bien, contrario a lo sostenido por la EPS Sanitas, la simple interrupción de la continuidad de los períodos en los que se prescriben certificados de incapacidad no basta para que se pueda predicar una ausencia de continuidad en las incapacidades. En efecto, como lo han reconocido tanto esta Corporación¹ como el Ministerio de Salud y Protección Social, **las interrupciones inferiores a 30 días no rompen con la continuidad de un período de incapacidad. De este modo, a partir de la aplicación analógica del artículo 13 de la Resolución 2266 de 1998, "se entiende como prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya interrupción mayor a treinta (30) días calendario"**.*

En la misma línea de pensamiento se ubica la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia de tutela STL2621-2019, se extrae lo siguiente:

"Lo anterior deja claro que le asiste razón a la impugnante cuando afirma que al darse un nuevo conteo de incapacidades, se presentó una interrupción mayor a 30 días y en esa medida no le corresponde asumir el auxilio que se reclama. En efecto el Decreto 1333 de 2018, definió lo que eran las prórrogas de las incapacidades:

"Artículo 2.2.3.2.3. Prórroga de la incapacidad. Existe prórroga de la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, cuando se expide una incapacidad con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con esta, así se trate de diferente código CIE (Clasificación Internacional de

¹ T-144 de 2016

Enfermedades), siempre y cuando entre una y otra, no haya interrupción mayor a 30 días calendario”.

Igualmente, ha de rememorar la Sala que el certificado de incapacidad temporal es una prestación que resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir, que surge de *"un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica."*² En la emisión de este último *"el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada con el fin de proteger los derechos fundamentales a la salud y la vida del paciente."*³

Ahora bien, una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas, deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

Así, el lapso que existe entre el día 1 y el día 2, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 generan un auxilio económico a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto-Ley 19 de 2012.

Ahora bien, tal y como lo ha definido la Corte Constitucional en la sentencia T-246 de 2018, en cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181, si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, dicha Corporación estableció de manera enfática que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, el cual conforme al inciso 1º del art. 23 del Decreto 2463 de 2001, se define como una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral con el cual se asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador.

En el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación – sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión del mismo a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le corresponde a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días, debiendo asumir desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

² Ministerio de la Protección Social. Concepto 295689. 04-10-2010. Asunto: Radicado 264518. En cita en: CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013.

³ CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013.

Igualmente, sostiene la Alta Corporación en la sentencia ya citada, que conforme a la norma en mención, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó y pagó la EPS, precisando que en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador.

Por el contrario, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la AFP deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable, debiendo asumir los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, siempre que cuente con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.

Finalmente, cuando la incapacidad es superior a 540 días el Decreto 1333 de 2018, *"Por medio del cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016"*, en su artículo 2.2.3.3.1. estableció que las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a los 540 días en los siguientes casos:

- 1.- Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.
- 2.- Cuando el paciente no haya tenido recuperación en el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.
- 3.- Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

Una vez precisado lo anterior, y descendiendo al caso objeto de estudio, constata la Sala que en este asunto se encuentra probado que a la señora GINNA GARCIA SILVA, le fueron ordenadas incapacidades por parte de COMPENSAR EPS, las cuales se extendieron a partir del 01 de febrero de 2011 y hasta el 02 de octubre de 2014, como se constata de los certificados expedidos por la entidad en mención (fols. 16 a 17), aclarando que el pago hasta los 180 días no se encuentra en discusión, pues desde la demanda se acepta por la actora que COMPENSAR S.A. le ha pagado las incapacidades por los 180 días hasta el 16 de septiembre de 2011, y constancia de ello se encuentra a folio 152 del plenario, veamos:

**CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR**

COMPENSAR EPS

CERTIFICA QUE

GINNA GARCIA SILVA identificado con cédula de ciudadanía número 52430925, presenta las siguientes incapacidades a la fecha:

Número Incapade d	Fecha Inicio	Fecha Fin	CIE 10	Ex Progr	Días Incapada dos	Días Resolvi dos	IBC	Valor Total	Estado	Fecha pago	Observación
146538	2011/0909	2011/0916	C910	Si	8	180	\$ 536,000	\$ 164,967	Cancelada	2011/0928	
1397181	2011/0808	2011/0806	C910	Si	30	172	\$ 536,000	\$ 581,126	Cancelada	2011/1112	
1386784	2011/0522	2011/0721	C910	Si	30	142	\$ 536,000	\$ 581,126	Cancelada	2011/0602	
1377478	2011/0608	2011/0531	C910	Si	24	112	\$ 536,000	\$ 464,901	Cancelada	2011/0504	
171149	2011/0408	2011/0507	C910	Si	30	88	\$ 536,000	\$ 581,126	Cancelada	2011/0604	
1386428	2011/0301	2011/0330	C910	Si	30	58	\$ 536,000	\$ 581,126	Cancelada	2011/0804	
1363338	2011/0201	2011/0228	C910	No	28	28	\$ 536,000	\$ 484,271	Cancelada	2011/0430	

Se expide certificación el 8 de junio de 2018.

Cordialmente,


CARMEN MERCEDES ALECINA SÁNCHEZ
Gerente reconocimiento de pagos y medicina laboral

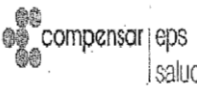
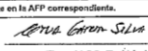
Así las cosas, la Sala revisaran las incapacidades que se siguieron causando con posterioridad al 17 de septiembre de 2011, y que incidencia tiene la interrupción a que alude la profesional del derecho de COLPENSIONES entre el 05 de abril de 2012 y el 01 de junio de 2012.

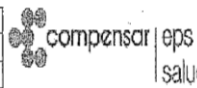
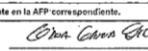
Nótese que una vez revisado con detenimiento la prueba documental allegada, se constata que a partir del 17 de septiembre de 2011 se siguieron generando incapacidades ininterrumpidas hasta el 05 de abril de 2012, tal como se extrae de la certificación emitida por COMPENSAR EPS, visible a folio 16 y 17, data a partir de la cual se presenta interrupción al pasar del 05 de abril de 2012 al 01 de junio del mismo año, es decir, durante el lapso de 56 días no se generó incapacidad médica.

GINA GARCIA SILVA, identificado(a) con cédula de ciudadanía número 52430925, ha tramitado las siguientes incapacidades ante Compensar EPS:

No: Incapacidad	Fecha de Inicio	Fecha Final	IBC	Código de Diagnóstico	Días de Incapacidad	Valor
*1353338	20110201	20110228	\$536,000	C910	28	\$ 446,333
*1368428	20110301	20110330	\$536,000	C910	30	\$ 535,600
*1371149	20110408	20110507	\$536,000	C910	30	\$ 535,600
*1377476	20110508	20110531	\$536,000	C910	24	\$ 428,480
*1389784	20110622	20110721	\$536,000	C910	30	\$ 535,600
*1397181	20110808	20110908	\$536,000	C910	30	\$ 535,600
*1464538	20110909	20110916	\$536,000	C910	8	\$ 142,827
*55502817	20110917	20111009	\$536,000	C910	23	\$ 410,827
*1464537	20111010	20111108	\$536,000	C910	30	\$ 535,600
*1464536	20111111	20111210	\$536,000	C910	30	\$ 535,600
*1464535	20111219	20120117	\$536,000	C910	30	\$ 535,600
*1464533	20120118	20120216	\$536,000	C910	30	\$ 535,600
*1464532	20120221	20120306	\$536,000	C910	15	\$ 283,350
*1464531	20120307	20120405	\$536,000	C910	30	\$ 566,700
*1464530	20120601	20120620	\$567,000	C910	20	\$ 321,130
*1464529	20120621	20120720	\$567,000	C910	30	\$ 566,700
*1464528	20120806	20120904	\$567,000	C910	30	\$ 566,700
*1517255	20120905	20120918	\$567,000	C910	14	\$ 264,460
*1517256	20120920	20121019	\$567,000	C910	30	\$ 566,700
*1517257	20121020	20121103	\$567,000	C910	15	\$ 283,350
*1517258	20121104	20121203	\$567,000	C910	30	\$ 566,700
*1517259	20121204	20121231	\$567,000	C910	28	\$ 528,920
*1517260	20130103	20130201	\$567,000	C910	30	\$ 566,700
*1517261	20130203	20130304	\$567,000	C910	30	\$ 589,500
*1517262	20130305	20130331	\$567,000	C910	27	\$ 530,550
*1517263	20130401	20130401	\$567,000	C910	1	\$ 19,650
*55504206	20130402	20130501	\$567,000	C829	30	\$ 530,550
*55510588	20130502	20130530	\$589,500	C910	29	\$ 510,900
*55510569	20130531	20130629	\$589,500	C910	30	\$ 589,500
*55510570	20130701	20130730	\$589,500	C910	30	\$ 589,500
*55510571	20130731	20130828	\$589,500	C910	29	\$ 569,850

Ahora, puestos en la tarea de verificar si ese lapso que no aparece reportado en la certificación pueda probablemente encontrarse en cada una de las incapacidades añejadas, da cuenta la Sala que la incapacidad que corre desde el 07 de marzo de 2012 hasta el 05 de abril de 2012 corresponde a una prórroga cuyo diagnóstico es el C910, y seguidamente, está la incapacidad del 01 de junio de 2012 hasta el 20 de junio de 2012, la cual no está rotulada como prórroga sino como incapacidad inicial, y a pesar de que se trata del mismo diagnóstico C910, no se puede asumir que sea prórroga de las incapacidades continuas que le venían otorgando desde antes del 05 de abril de 2012, veamos:

Certificado de Incapacidad O Licencia de Maternidad		Incapacidad No. 1464531		Fecha de Registro			
		Día		Mes		Año	
		2		0		9	
		2		0		1	
		2		0		2	
							
Datos del Paciente							
Nombre				GINA GARCIA SILVA			
Identificación				52430925			
Ocupación/Cargo							
Datos de la Incapacidad							
Código Diagnóstico Principal				C910			
Código Diagnóstico Relacionado				C910			
Días de Incapacidad				30			
Días en Letras				TREINTA DIAS			
Clase de Procedimiento				AMBULATORIA			
Inicial				Prórroga			
Tipo Incapacidad				ENFERMEDAD GRAL			
Causa Externa				EVENTO CATASTROFICO			
Fecha de Inicio		09/03/2012		Fecha Fin		05/04/2012	
Fecha Expedición		29/03/2012					
Observaciones Adicionales							
Datos del profesional							
Nombre Del Profesional				HOSBETH YOLY ESTHER SANTONJA			
Identificación del profesional				860015536			
Nombre IPS				HOSPITAL GENERAL DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ			
Identificación IPS				860015536			
Ciudad/Municipio				BOGOTÁ D.C.			
Usuario que Transcribe							
Nombre				ANA CAROLINA YOPASA AMAYA			
Identificación				52454348			
Observaciones							
Certificado transcrito en papetera de la EPS para tramitar directamente en la AFP correspondiente.							
							
Firma Y CC. Trabajador.							

Certificado de Incapacidad O Licencia de Maternidad		Incapacidad No. 1464530		Fecha de Registro			
		Día		Mes		Año	
		2		0		9	
		2		0		1	
		2		0		2	
							
Datos del Paciente							
Nombre				GINA GARCIA SILVA			
Identificación				52430925			
Ocupación/Cargo							
Datos de la Incapacidad							
Código Diagnóstico Principal				C910			
Código Diagnóstico Relacionado				C910			
Días de Incapacidad				30			
Días en Letras				VEINTE DIAS			
Clase de Procedimiento				AMBULATORIA			
Inicial				Prórroga			
Tipo Incapacidad				ENFERMEDAD GENERAL			
Causa Externa				ENFERMEDAD GENERAL			
Fecha de Inicio		01/06/2012		Fecha Fin		20/06/2012	
Fecha Expedición		22/06/2012					
Observaciones Adicionales							
PRESENTA CRUCE CON OTRA(S) INCAPACIDAD(ES), SE AJUSTA AUTOMÁTICAMENTE DE 30 DÍAS A 20 DÍAS.							
Datos del profesional							
Nombre Del Profesional				HOSBETH YOLY ESTHER SANTONJA			
Identificación del profesional				860015536			
Nombre IPS				HOSPITAL GENERAL DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ			
Identificación IPS				860015536			
Ciudad/Municipio				BOGOTÁ D.C.			
Usuario que Transcribe							
Nombre				ANA CAROLINA YOPASA AMAYA			
Identificación				52454348			
Observaciones							
Certificado transcrito en papetera de la EPS para tramitar directamente en la AFP correspondiente.							
							
Firma Y CC. Trabajador.							

Como puede verse, en efecto hay una interrupción de 55 días entre una y otra incapacidad, lo que a voces de la jurisprudencia citada al inicio de esta providencia, y conforme al artículo 13 de la Resolución 2266 de 1998, aplicable al sub examine para esa época, se presenta una interrupción capaz de lograr el cometido pedido por la apoderada judicial de COLPENSIONES, es decir, de volver a contabilizar a cargo de qué entidad le corresponde los días del 3 al 180, y del 181 al 540.

En ese sentido, el día tres (03) corresponde al 03 de junio de 2012, y se extiende hasta el día 180, que corresponde al 16 de diciembre de 2012, periodo que estaría a cargo de la EPS COMPENSAR, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto-Ley 19 de 2012.

*1464530	20120601	20120620	\$567,000	C910	20	\$ 321,130
*1464529	20120621	20120720	\$567,000	C910	30	\$ 566,700
*1464528	20120806	20120904	\$567,000	C910	30	\$ 566,700
*1517255	20120905	20120918	\$567,000	C910	14	\$ 264,460
*1517256	20120920	20121019	\$567,000	C910	30	\$ 566,700
*1517257	20121020	20121103	\$567,000	C910	15	\$ 283,350
*1517258	20121104	20121203	\$567,000	C910	30	\$ 566,700
*1517259	20121204	20121231	\$567,000	C910	28	\$ 528,920

El día 181 al 540, correspondería en su orden desde el 17 de diciembre de 2012, hasta el día 18 de diciembre de 2013.

*1517259	20121204	20121231	\$567,000	C910	28	\$ 528,920
*1517260	20130103	20130201	\$567,000	C910	30	\$ 566,700
*1517261	20130203	20130304	\$567,000	C910	30	\$ 569,500
*1517262	20130305	20130331	\$567,000	C910	27	\$ 530,550
*1517263	20130401	20130401	\$567,000	C910	1	\$ 19,850
*55504206	20130402	20130501	\$567,000	C929	30	\$ 530,550
*55510568	20130502	20130530	\$589,500	C910	29	\$ 510,900
*55510569	20130531	20130629	\$589,500	C910	30	\$ 589,500
*55510570	20130701	20130730	\$589,500	C910	30	\$ 589,500
*55510571	20130731	20130828	\$589,500	C910	29	\$ 569,850
*55510572	20130831	20130929	\$589,500	C910	30	\$ 589,500
*55510573	20130930	20131029	\$589,500	C910	30	\$ 589,500
*55510574	20131030	20131128	\$589,500	C910	30	\$ 589,500
*55510575	20131130	20131229	\$589,500	C910	30	\$ 589,500

Ahora bien, conforme se advierte de la documental obrante a folios 68 y 69 del plenario, la EPS COMPENSAR, emitió concepto favorable de rehabilitación tan solo hasta el día el 06 de julio de 2015 cuando debió hacerlo antes del 15 de octubre de 2012 (120 días de incapacidad, contando desde la nueva incapacidad-01/06/2012) y comunicarlo antes del día 15 de noviembre de 2012 (día 150 de incapacidad), es decir que desatendió lo contemplado en el art. 142 del Decreto Ley 019 de 2012 (vigente para la época del conteo de las incapacidades aquí referidas), así las cosas es claro que COLPENSIONES no es el obligado al pago de las incapacidades causadas desde el día 181, pues conforme la norma en cita y ante la omisión de FAMISANAR EPS en emitir el concepto en oportunidad, dicha entidad tiene a su cargo el pago de las incapacidades generadas desde el 03 de junio de 2012 (día 2 de incapacidad) y en adelante, pues el concepto favorable de rehabilitación, se itera, fue emitido hasta el 06 de julio de 2015, data para la cual se había superado con creces los 540 días de incapacidad de la actora, aunado lo anterior, solo hasta el 20 de agosto de 2015, es que obra prueba de que dicho concepto fue allegado a COLPENSIONES, lo que a todas luces desborda los términos establecidos en la normatividad aplicable al sub examine.

5. PRONÓSTICO: Acuerdo al estado actual del paciente, evolución, tratamiento y la intensidad esperada de la enfermedad. Base clínica.

• INFORMACIÓN: Para aquellos casos en que existan expectativas de prolongar la expectativa de vida del paciente en un plazo determinado, se debe emitir un pronóstico favorable. En caso contrario, se debe emitir un pronóstico desfavorable. En caso de pronóstico desfavorable, se debe indicar el tiempo estimado para el fallecimiento.

FAVORABLE ☒ DESFAVORABLE ☐ TIEMPO ESTIMADO PARA REINTEGRO LABORAL (Meses): 03

OBSERVACIONES: Sana

6. SECUENCIAS ANATÓMICAS Y/O FUNCIONALES DEFINITIVAS: Resultado de la evaluación y seguimiento. Describe las secuelas permanentes y la discapacidad que se deriva de las discapacidades. Si no es posible describir las secuelas, se deben especificar los efectos.

Incapacidad: Sana

Ninguna

FECHA DE DILIGENCIAMIENTO DE LA INFORMACIÓN: día: 06 mes: 07 año: 15

DATOS DEL MÉDICO TRATANTE:

Nombre del Médico: Enrique Páez

Registro Médico N°: 3.229.672

IPS a la que está adscrito: Harky

Especialidad: Hematología

PRIMA Y SELLO:

De acuerdo con lo anterior, es totalmente diáfano que COLPENSIONES no se encontraba obligado a satisfacer los auxilios de incapacidad generados con ocasión del estado de salud de la actora entre el día 181 y 540 de incapacidad y por sustracción de materia no hay lugar a la procedencia de la indexación fulminada en primera instancia, ni tampoco a realizar alguna disquisición sobre la prescripción, pues sería inane hacerlo. Por tal razón se deberá revocar parcialmente la sentencia apelada y consultada, en lo que hace referencia a la absolución de la entidad pública COLPENSIONES.

Ahora, ha de tenerse en cuenta que, si bien es cierto esta en cabeza de la EPS COMPENSAR el reconocer y pagar las incapacidades reclamadas, lo cierto es que, frente a tal entidad próspero la excepción de prescripción parcial frente a las incapacidades causadas con anterioridad al 16 de mayo de 2014, punto que no fue rebatido por el apoderado judicial de la parte activa de la relación procesal, lo que implica que, no puede hacersele extensiva a COMPENSAR EPS la condena que le fue impuesta en primera instancia a COLPENSIONES, ya que aquellas incapacidades que generaron el valor de \$ 1.394.390, lo eran por las incapacidades que corren desde el 30 de diciembre de 2012 hasta el 10 de marzo de 2013, y se insiste, para COMPENSAR EPS se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de las incapacidades causadas y no reclamadas ante esa entidad antes del 16 de mayo de 2014.

Al respecto, valga la pena acotar lo adocinado por la Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2009, en la que al analizar la figura de la prescripción y las cargas procesales de las partes, asienta: *"En criterio de la Corte Suprema de Justicia que ha sido acogido por esta Corporación, las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso"*.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia proferida el 23 de octubre de 2020, corregida el 06 de noviembre de 2020, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, absolver a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia venida en apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

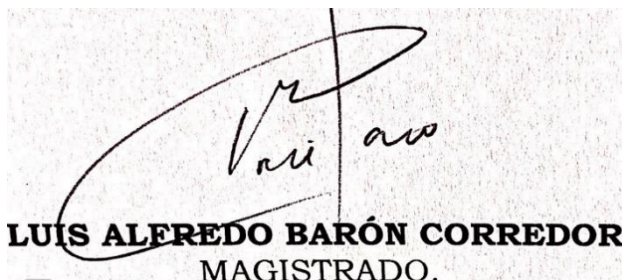
La presente providencia se notifica a las partes en estrados,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**
DEMANDADO: **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**
RADICACIÓN: **110013105-007-2017-00795-01**
ASUNTO: **APELACIÓN SENTENCIA**
TEMA: **RELIQUIDACIÓN PRESTACIONES**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La sociedad POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. a reembolsar a favor de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., los gastos que esta última asumió por concepto de prestaciones asistenciales y/o económicas, a prorrata del 100% y por el tiempo en que los trabajadores enlistados en la demanda, estuvieron expuestos a riesgos laborales que dieron lugar a sus enfermedades, o de manera subsidiaria el porcentaje que se establezca en el proceso; que se condene a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. a pagar a favor de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., el concepto de indemnización por incapacidad permanente parcial, o el porcentaje que se establezca durante el proceso en relación con el afiliado HERMINSO HERNANDEZ TIQUE; que se condene a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. a pagar a favor de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., el concepto del 100% por concepto de incapacidad temporal, o el porcentaje que se establezca durante el proceso en relación con los afiliados CESAR ARIEL PAJARO PAJARO, HERMINSO HERNÁNDEZ TIQUE Y NESTOR ANÍBAL GONZÁLEZ LÓPEZ; el pago de los intereses moratorios o subsidiariamente la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. se ha negado al pago de los recobros presentados por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. por concepto de enfermedad laboral de 25 afiliados relacionados en el hecho 8 de la demanda, y que durante su vinculación laboral y con anterioridad a la fecha del dictamen de pérdida de capacidad laboral, estuvieron vinculados en AXA COLPATRIA S.A.; que durante el tiempo de afiliación a AXA

COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. los trabajadores estuvieron expuestos a los riesgos ergonómicos y físicos; que los 25 afiliados fueron calificados dentro por el Sistema General de Riesgos Laborales, con enfermedades como hernia discal, síndrome del túnel de carpo, entre otros diagnósticos relatados en el hecho 13 de la demanda; que como consecuencia del traslado de administradora de riesgos laborales, los riesgos fueron asumidos por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.; que debido a las calificaciones laborales relacionadas en la demanda, adquirieron derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales y económicas señaladas en el Decreto 1295 de 1994; que mediante dictamen de pérdida de capacidad laboral, los trabajadores afiliados sufrieron disminución en su fuerza productiva, en los porcentajes relacionados en el hecho 16 del libelo genitor; que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. realizó el pago de las prestaciones asistenciales, en la cuantía indicada para cada uno de los trabajadores relacionados en el hecho 17 de la demanda; que de igual manera, POSITIVA S.A. efectuó el pago de la incapacidad permanente parcial al afiliado HERMINSO HERNÁNDEZ TIQUE, por valor de \$ 11.711.857; que también procedió a cancelar la incapacidad temporal en relación con los afiliados: CESAR ARIEL PAJARO PAJARO, por valor de \$ 9.130.962; HERMINSO HERNÁNDEZ TIQUE, por valor de \$ 7.581.423, y NESTOR ANÍBAL GONZÁLEZ LÓPEZ, por valor de \$ 166.159; que solicitó a AXA COLPATRIA S.A. el reembolso del dinero por concepto de prestaciones asistenciales, pero a la fecha de presentación de la demanda, no se ha efectuado ningún reembolso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 42); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de AXA COLPATRIA S.A.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el sustento de que AXA COLPATRIA S.A. asumió el pago de las prestaciones correspondientes desde el momento en que se calificaron las patologías de los afiliados hasta la fecha de desvinculación de estos, por decisión libre de sus empleadores; que si bien la ley 776 de 2002, establece la posibilidad de realizar recobros entre administradoras, lo que la norma pretende es evitar que se genere desequilibrio en las cargas asumidas por las ARL en los eventos en que hay traslado de los afiliados, y por ello, AXA COLPATRIA S.A. asumió la totalidad de las prestaciones mientras fueron sus afiliados, y al momento en que se trasladaron a POSITIVA S.A. es a esta a quien le corresponde asumir lo pertinente; que POSITIVA S.A. pretende que AXA COLPATRIA S.A. asuma el total de las prestaciones, a pesar de que después del traslado los trabajadores se encuentran afiliados a POSITIVA S.A. y aquella está recibiendo las cotizaciones. Como excepciones de mérito rotuló las de cobro de lo no debido, inexistencia de los supuestos intereses que pretende la demandante, prescripción, y la genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de julio de 2019, mediante la cual el Juzgado condenó a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. a reconocer y pagar a favor de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., la suma de \$ 3.864.913, correspondiente el 33 % de las prestaciones económicas a cargo de AXA COLPATRIA S.A. y que fueron reconocidas al señor HERMINSO HERNANDEZ por la demandante; absolvió a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. de las demás condenas incoadas en su contra; condenó a AXA COLPATRIA S.A. a pagar los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas, a partir del quinto día hábil siguiente a la ejecutoria de la sentencia; declaró no probadas las excepciones

propuestas, y condenó en costas a AXA COLPATRIA S.A. (fls. 233 a 234 con Cd de audiencia).

Su decisión se basó en que de conformidad con el Decreto 2195 de 1994 y ley 776 de 2002, el afiliado tendrá derecho las prestaciones asistenciales y económicas a cargo de la última ARL donde se encuentre afiliado, precisando que en relación con las prestaciones asistenciales, como atención médica, terapéutica, quirúrgica, y farmacológica, es de asunción de la última ARL, sin que haya posibilidad de recobro a la ARL anterior donde se hayan encontrado afiliados los 25 trabajadores, y por tanto, sobre esa pretensión impartió absolución; en lo que respecta a las prestaciones económicas que derivan en incapacidad temporal e incapacidad permanente parcial, si hay lugar a solicitar el recobro por la última ARL frente a las ARL donde se haya encontrado afiliado el trabajador, y corresponde a prorrata del tiempo en el cual otorgó la protección, siempre que el riesgo que ocasiona la enfermedad haya estado presente durante la vinculación en la ARL anterior; que POSITIVA S.A. no demostró los diagnósticos de las enfermedades, en relación con los afiliados con el cual requiere el reembolso de los pagos realizados, y ello no permite tener certeza de la exposición al riesgo; que en los 3 casos reclamados de reconocimiento de incapacidad temporal no se allega prueba alguna de las incapacidades, es decir, fecha inicial y final, además de no aparecer los diagnósticos, lo que no permite establecer si tales incapacidades fueron generadas por una enfermedad profesional o laboral; que en relación con HERMINSO HERNÁNDEZ TIQUE, hay lugar a reconocer el valor de \$ 3.864.913, correspondiente el 33 % de las prestaciones económicas a cargo de AXA COLPATRIA S.A., ya que se demuestra el diagnostico en la calificación de pérdida de capacidad laboral, y que estuvo afiliado en AXA COLPATRIA S.A. desde el 07 de abril de 2008 hasta el 06 de julio de 2017, debiendo responder COLPATRIA S.A. de manera proporcional por la IPP que reconoció POSITIVA S.A.; que sobre la anterior condena procede los intereses moratorios después de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, teniendo en cuenta el la tasa máxima de intereses moratorio definido por la Superintendencia Financiera de Colombia; consideró que no operó la prescripción, ya que el reconocimiento de la IPP fue en junio de 2017, y la demanda se presentó en diciembre del mismo año, y finalmente, gravó en costas a AXA COLPATRIA S.A.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por las partes procesales, así:

POSITIVA S.A.: Insiste en que debe prosperar el reconocimiento de las obligaciones asistenciales a cargo de AXA COLPATRIA S.A., ya que de conformidad con la Ley 776 de 2003, establece que se puede solicitar el reembolso de las prestaciones asistenciales y económicas, aunado a que durante la vigencia de la afiliación en AXA COLPATRIA S.A. estuvieron expuestos al riesgo; que no es posible que POSITIVA S.A. tenga que asumir prestaciones derivadas de afiliaciones en otra ARL, pues POSITIVA S.A. solo debe reconocer las prestaciones asistenciales y económicas en vigencia de la afiliación a su ARL; que frente a las prestaciones económicas existe confirmación que los dineros reconocidos por POSITIVA S.A. en los 4 casos son derivados de las patologías que se debaten en el presente proceso, y que las certificaciones dan fe de ello.

AXA COLPATRIA S.A.: No se encuentra conforme con la condena impuesta por IPP, aduciendo que el señor HERMINSO HERNÁNDEZ TIQUE, solo estuvo afiliado desde el 01 de julio de 2008 hasta el 31 de marzo de 2011, aunado a que, si bien se

presentó dictamen de pérdida de capacidad laboral, ello no implica que haya estado expuesto al riesgo; que el cálculo a prorrata tiene que hacerse hasta el tiempo en que este afiliado el beneficiario, ya que la exposición al riesgo no ha terminado, es decir, no se sabe si sigue expuesto al riesgo; finalmente, manifiesta que no está de acuerdo en el monto de la condena en costas, ya que la demanda estaba por casi más de 100 millones, y solo se condenó a aproximadamente 3 millones.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad para alegar, AXA COLPATRIA S.A. solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, ya que no se demostró la exposición al riesgo, además en lo referente a los intereses moratorios la entidad demandada no realizó solicitud de recobro, y finalmente, que debe estudiarse la excepción de prescripción.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes procesales se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Hay lugar al reembolso de las prestaciones asistenciales y económicas a cargo de AXA COLPATRIA S.A.? y en caso positivo (ii) ¿AXA COLPATRIA S.A. debe ser condenado en costas?

PRESTACIONES ASISTENCIALES Y ECONOMICAS SISTEMA GENERAL DE RIESGOS LABORALES.

Sea lo primero señalar que en torno de los siguientes supuestos fácticos no hay objeto de controversia: **i)** que los señores JESUS FONSECA HERRERA, ADRIANA MURILLO BALLESTEROS, CILIA MARLEN BARAJAS ALDANA, MARGARITA BARRAGAN SIERRA, BEATRIZ MILLAN CORTES, CARMEN JULIO BELTRAN, ANA LEONOR CANAS COMEZAQUIRA, CARLOS ALBERTO RONDÓN GALLEGU, CESAR ARIEL PAJARO PAJARO, MARTHA LUCIA CICACHA OLAYA, LUIS FERNANDO CORTES ARANGO, EDITH CECILIA MARTINEZ ZAMBRANO, GLADYS STELLA ANGULO MANCERA, GLORIA ISABEL CHAPAL JAMONDINO, GREGORIA MACIAS, IBETH GUTIERREZ GONZALEZ, HELDA SILVA BAUTISTA, HERMINSO HERNANDEZ TIQUE, JULIA EMMA ALGARRA ALGARRA, KAROL LILIANA LIZARAZO AYALA, BETTY LOZANO LIZCANO, MAYERLY ARCINIEGAS RAMIREZ, NESTOR ANIBAL GONZALEZ LOPEZ, YOLANDA SANCHEZ LEAL, y YOLANDA CARDENAS, estuvieron afiliados en el sistema de riesgos laborales ante AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. en los lapsos de tiempo expuestos en la documental de folios 124 a 149, y que posteriormente se trasladaron o afiliaron a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. en el interregno de tiempo que se detalla en las diferentes carpetas digitales del CD de folio 28; **ii)** que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., procedió a reconocer durante la vigencia de la afiliación diversas prestaciones económicas y asistenciales en favor de cada uno de los 25 afiliados (Fol. 28 carpeta de cada afiliado), siendo el punto de disenso establecer si procede el reembolso de las sumas canceladas por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., a cargo de AXA COLPATRIA S.A.

Pues bien, la Corte Constitucional en sentencia T-341 de 2013, hace todo el andamiaje normativo respecto del Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales e indica que con la Ley 100 de 1993 se implementó un sistema integral de

seguridad social, con instituciones, normas y procedimientos, con el fin de cumplir con la cobertura integral de las contingencias, en especial las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional.

A su paso, delineó lo siguiente:

"Posteriormente, el Decreto 1295 de 1994 incorporó esos criterios al establecer en el artículo 34, que todo afiliado al SGRP tendrá derecho a que se le brinden los servicios asistenciales y se le reconozcan las prestaciones económicas a que haya lugar, en el evento de sufrir un accidente de trabajo o enfermedad profesional, siempre que éstas generen incapacidad, invalidez o muerte. En consecuencia, incluyó dentro de las funciones de las entidades administradoras de riesgos laborales la de garantizar la prestación del servicio de salud y reconocimiento y pago oportuno de las prestaciones económicas a las que tienen derecho.

En lo relativo a las prestaciones asistenciales, dispuso que (i) los servicios de salud que demande el afiliado deben ser prestados a través de su entidad promotora de salud, a menos que tengan relación directa con la atención del riesgo profesional, caso en el cual estarán a cargo de la ARL correspondiente; (ii) los tratamientos de rehabilitación profesional y los servicios de medicina ocupacional deben ser prestados por las administradoras de riesgos profesionales; (iii) la atención inicial de urgencia podrá ser prestada por cualquier institución prestadora de servicios de salud, con cargo al SGRP; (iv) las empresas promotoras de salud podrán prestar los servicios médicos asistenciales que se requieran, sin perjuicio de la facultad que ostentan para repetir contra la administradora de riesgos profesionales correspondiente, por concepto de atención de urgencias y servicios asistenciales, mediante el mecanismo de reembolsos entre entidades.

Las prestaciones económicas fueron previstas en el capítulo V, donde se establecieron los conceptos de incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, de sobrevivientes y de auxilio funerario, la manera de calcular su monto y los criterios a los que se sujetaría su reconocimiento. Sin embargo, dichas normas fueron declaradas inexecutable por esta corporación, mediante la sentencia C-452 de 2002, M. P. Jaime Araujo Rentería, debido a que el legislador extraordinario no había sido facultado para regular aspectos sustanciales del SGRP.

Atendiendo a los efectos diferidos del fallo, el Congreso expidió una nueva legislación para suplir el vacío normativo mediante la Ley 776 de 2002 ("por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales"). Esta disposición normativa se ocupó de ratificar la responsabilidad a cargo de las entidades administradoras de riesgos profesionales frente al reconocimiento y pago de las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un evento de origen profesional.

Al respecto en el párrafo 2º del artículo 1º, advirtió que la entidad responsable de reconocer las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente o enfermedad profesional será la administradora de riesgos a la que se encuentre afiliado el trabajador al momento del accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al requerir la prestación".

Igualmente, debe tenerse en cuenta la Ley 776 de 2002, párrafo segundo, en la que establece:

“Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.

(....).

La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, deberá responder íntegramente por las prestaciones derivados de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora.

Las acciones de recobro que adelanten las administradoras son independientes a su obligación de reconocimiento del pago de las prestaciones económicas dentro de los dos (2) meses siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento. Vencido este término, la administradora de riesgos profesionales deberá reconocer y pagar, en adición a la prestación económica, un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios en proporción a la duración de la mora. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar”.

Ello así, lo primero que viene a propósito colegir es que en efecto le asiste razón al a quo en relación con las prestaciones asistenciales, entendidas estas como la asistencia médica, quirúrgica, terapéutica o farmacéutica, servicios de hospitalización, servicios de odontología, servicios auxiliares de diagnóstico o tratamiento, entre otros, las cuales deben ser cubiertas por la ARL donde se encuentre afiliado el trabajador, ya que se tratan de atenciones que se presentan en vigencia de la nueva afiliación, y además no podría considerarse que sobre estas se pueda generar recobro ante la anterior ARL, ya que ello equivaldría a que el trabajador no dejaría de ser afiliado de la anterior ARL, en la medida en que cualquier atención médica o asistencial tendría que ser cubierta por la última ARL, y proceder al recobro ante la(s) anterior(es), quien ya no está recibiendo cotización alguna por asunción del riesgo laboral, aunado a que, el parágrafo segundo de la Ley 776 de 2002, establece el recobro proporcional por el tiempo de afiliación en cada ARL, en los eventos de enfermedad profesional y accidente de trabajo, conceptos que no confluyen con la atención asistencial.

En lo que respecta a la prestaciones económicas generadas de la enfermedad profesional o accidente de trabajo, acota la Sala que el parágrafo segundo del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, hace precisión que tal reembolso es procedente según el tiempo de afiliación en cada AFP, siempre que se acredite: *“el tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura”*, lo que en líneas generales no se logra demostrar por la entidad demandante, pues en el libelo genitor de manera global en el hecho 19 se indica que pagó incapacidades temporales a los trabajadores CESAR ARIEL PAJARO PAJARO, HERMINSO HERNÁNDEZ TIQUE y NESTOR ANIBAL GONZALEZ LOPEZ, por valor de \$9.130.962, \$7.581.423 y \$166.159, respectivamente; no obstante, nada se dice a que corresponde tal valor, el diagnóstico y si en efecto, durante la vigencia de la afiliación de los trabajadores

en AXA COLPATRIA S.A. estuvieron expuestos al mismo riesgo por el cual se generaron esas incapacidades temporales a cargo de POSITIVA S.A.

A pesar de lo anterior, la Judicatura al revisar las carpetas de folio 28, en especial de los 3 afiliados respecto de los cuales se reclama el reembolso de las incapacidades temporales, encuentra lo siguiente:

En relación con CESAR ARIEL PAJARO PAJARO, se encuentra que estuvo afiliado a AXA COLPATRIA S.A. entre el 29 de agosto de 1998 hasta el 31 de mayo de 1999, del 01 de octubre de 2003 hasta el 01 de diciembre de 2004, y del 01 de febrero de 2007 hasta el 01 de febrero de 2009, luego se afilió a POSITIVA S.A. desde el 02 de febrero de 2009 hasta el 25 de diciembre de 2011 (fol. 1 pdf del CD de folio 28 y folio 133 expediente), y se allega un documento datado el 06 de julio de 2017, con el reporte de haberse cancelado la suma de \$ 9.130.962 como prestaciones económicas, sin especificar a qué clase de incapacidad o diagnóstico se refiere; así mismo, a folio 23 y 24 del mismo archivo pdf, se encuentra el reporte de incapacidades temporales liquidadas desde el año 2010 hasta el año 2012, por valor total de \$15.797.826, lo que imposibilita determinar a qué incapacidades corresponden los \$ 9.130.962, aunado a que, en gracia de discusión, si el trabajador solo estuvo afiliado hasta el 25 de diciembre de 2011, y las incapacidades se reconocieron en vigencia de la afiliación, la acción ordinaria para reclamar el reembolso estaría afectada por la prescripción, ya que no existe reclamación de ese derecho ante AXA COLPATRIA S.A. y la demanda solo se radicó el 28 de noviembre de 2017, es decir, por fuera de los 3 años de que trata el artículo 151 del CPT y la S.S.

En lo que tiene que ver con HERMINSO HERNÁNDEZ TIQUE, estuvo afiliado a AXA COLPATRIA S.A. entre el 01 de julio de 2008 hasta el 31 de marzo de 2011, luego se afilió a POSITIVA S.A. desde el 01 de julio de 2011 con afiliación vigente (fol. 1 pdf del CD de folio 28 y folio 142 del expediente); se allega un documento datado el 05 de mayo de 2017 (fol. 255 CD Fol. 28), con el reporte de haberse reconocido 8 incapacidades por valor de \$ 7.581.423, sin especificar a qué clase de incapacidad o diagnóstico se refiere; así mismo, a folio 255 y 256 del mismo archivo pdf, se encuentra el reporte de incapacidades temporales liquidadas desde el año 2011 hasta el año 2016, por valor total de \$ 9.012.007, lo que imposibilita determinar a qué incapacidades corresponden los \$ 7.581.423, a lo que se suma que, por lo menos se reportan 15 incapacidades en la foliatura a la que se hizo referencia, y corresponden por demás a diferentes diagnósticos, lo que lleva indefectiblemente a desestimar cualquier clase de reembolso sobre este ítem.

En que atañe a NESTOR ANIBAL GONZALEZ LOPEZ, estuvo afiliado a AXA COLPATRIA S.A. entre el 01 de abril de 2008 hasta el 30 de junio de 2016, luego se afilió a POSITIVA S.A. desde el 01 de julio de 2016 con afiliación vigente (fol. 1 pdf del CD de folio 28 y folio 147 del expediente), y se anexa un documento datado el 04 de abril de 2017 (fol. 45 CD Fol. 28), con el reporte de haberse reconocido 2 incapacidades temporales por valor de \$ 166.159, sin especificar a qué clase de incapacidad o diagnóstico se refiere; así mismo, a folio 46 del mismo archivo pdf, se encuentra el reporte de incapacidades temporales liquidadas en el año 2016, por valor total de \$166.159, pagadas el 19 y 30 de agosto de 2016, que corresponden a los diagnósticos de M545 y S134, referentes a Lumbago no especificado y Esguinces y desgarros de la columna cervical, es decir, tienen relación con la enfermedad de origen profesional de *"trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía"*, calificada desde el año 2012 por POSITIVA S.A., y además en la calificación se deja constancia

de "enfermedad heredada de AXA COLPATRIA" (Fol. 1 "prueba 1" Cd de folio 28), lo que lleva a la Sala a constatar que se cumple con el presupuesto del parágrafo 2 de la Ley 776 de 2002, ya que las incapacidades reconocidas sobrevienen de la exposición al riesgo o enfermedad con la que contaba el trabajador desde su afiliación en AXA COLPATRIA S.A., y por esa vía, hay lugar a confirmar la decisión de reconocimiento impartido por el a quo, incluyendo los intereses moratorios, pues estos no fue objeto de reproche en la alzada.

La condena en concreto se determina de manera proporcional al tiempo de afiliación en cada ARL, ello así, si la afiliación al sistema general de riesgos profesionales va desde el 01 de abril de 2008 hasta el 19 de agosto de 2016 (fecha de reconocimiento de la primera incapacidad), periodo que corresponde a 3.018 días, se entendería que por los días transcurridos desde el 01 de abril de 2008 hasta el 30 de junio de 2016 (vigencia de la afiliación en AXA COLPATRIA S.A.), esto es, 2.970 días, le arrojaría un porcentaje del 98.40 % a cargo de AXA COLPATRIA S.A., mientras que a POSITIVA S.A. le corresponde el 1.6 %. Aplicando la operación aritmética de rigor sobre el valor de la incapacidad tenemos: valor total de la incapacidad \$55.387, a cargo de AXA COLPATRIA S.A. \$54.500 (98.40 %), y de POSITIVA S.A. \$ 887 (1.6%).

En lo referente a la segunda incapacidad, la condena en concreto se determina de manera proporcional al tiempo de afiliación en cada ARL, ello así, si su afiliación al sistema general de riesgos profesionales va desde el 01 de abril de 2008 hasta el 30 de agosto de 2016 (fecha de reconocimiento de la segunda incapacidad), correspondiente a 3.030 días, se entendería que por los días transcurridos desde el 01 de abril de 2008 hasta el 30 de junio de 2016 (vigencia de la afiliación en AXA COLPATRIA S.A.), esto es, 2.970 días, le arrojaría un porcentaje del 98.01 % a cargo de AXA COLPATRIA S.A., mientras que a POSITIVA S.A. le corresponde el 1.99 %. Aplicando la operación aritmética de rigor sobre el valor de la incapacidad tenemos: valor total de la incapacidad \$110.772, a cargo de AXA COLPATRIA S.A. \$108.567 (98.01 %), y de POSITIVA S.A. \$2.205 (1.99%).

Frente a la prestación económica de incapacidad permanente parcial reconocida a HERMINSO HERNÁNDEZ TIQUE, cumple precisar que estuvo afiliado a AXA COLPATRIA S.A. entre el 01 de julio de 2008 hasta el 31 de marzo de 2011, luego se afilió a POSITIVA S.A. desde el 01 de julio de 2011 con afiliación vigente (fol. 1 pdf del CD de folio 28 y folio 142 del expediente), y se reporta un documento datado el 06 de julio de 2017 (fol. 02 CD Fol. 28), con el reporte de que se reconoció incapacidad permanente parcial (IPP) por valor de \$ 11.711.857, correspondiente a enfermedad laboral, y producto del dictamen de pérdida de capacidad laboral que milita a folios 10 a 13 prueba No 06 CD de folio 28, que reporta una PCL 12.43 %.

El apoderado judicial de AXA COLPATRIA S.A. reprocha que la afiliación del señor HERMINSO HERNÁNDEZ TIQUE solo fue hasta el 31 de marzo de 2011, aspecto que en efecto así lo es, pues de la documental de folio 142, se observa que su afiliación en AXA COLPATRIA S.A. fue hasta el 31 de marzo de 2011, y aquella data fue la que tuvo en cuenta el a quo para la liquidación proporcional de lo que le corresponde asumir a tal ARL.

En lo referente a la exposición al riesgo, nótese que desde la calificación que hizo POSITIVA S.A. el 27 de abril de 2011 (Folio 1 a 3 prueba 1 Cd de folio 128), hace alusión a que la EPS CRUZ BLANCA calificó al actor con enfermedad profesional desde el 07 de abril de 2008, con los diagnósticos Túnel del Carpo Bilateral y Manguito Rotador Derecho, diagnósticos que son iguales a los tenidos en cuenta en el dictamen

de pérdida de capacidad laboral de la Junta Regional de Calificación de Invalidez (Fol. 6 prueba No 6 Cd folio 28), y en esa medida, se encuentra acreditado *"el tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura"* de que trata el parágrafo 2 del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, pues tal diagnóstico lo venía presentando desde la época en que se encontraba afiliado en AXA COLPATRIA S.A.

La condena en concreto se determina de manera proporcional al tiempo de afiliación en cada ARL, ello así, si su afiliación al sistema general de riesgos profesionales va desde el 01 de julio de 2008 hasta el 06 de julio de 2017 (fecha de reconocimiento de la IPP), correspondiente a 3.245 días, se entendería que por los días transcurridos desde el 01 de julio de 2008 hasta el 17 de julio de 2009 (vigencia de la afiliación en AXA COLPATRIA S.A.), esto es, 376 días, le arrojaría un porcentaje del 11.58 % a cargo de AXA COLPATRIA S.A., mientras que a POSITIVA S.A. le corresponde el 88.41 %. Aplicando la operación aritmética de rigor sobre el valor de la incapacidad tenemos: valor total de la incapacidad permanente parcial \$11.711.857, a cargo de AXA COLPATRIA S.A. \$1.356.233 (11.58 %), y de POSITIVA S.A. \$10.354.452,77 (88.41%). Como el valor que le arrojó al a quo fue superior (\$3.864.913) se modificará la sentencia en este tópico, pues consideró que le correspondería a AXA COLPATRIA S.A. el 33 %; no obstante, no resulta ajustado si tenemos en cuenta que la afiliación en AXA COLPATRIA S.A. solo lo fue de 376 días, es decir, un año y 16 días.

En lo referente a los intereses moratorios, ninguna disquisición se hará al respecto, pues no fue objeto de disenso en la alzada por parte de AXA COLPATRIA S.A.; igualmente, frente a que la exposición puede continuar en la medida en que el trabajador es afiliado activo al sistema de riesgos profesionales, cumple acotar que ello no es de recibo, pues para hacer la operación del pago proporcional a la afiliación solo se requiere saber el tiempo de afiliación en cada ARL, y el monto económico reconocido por la ARL donde actualmente se encuentre afiliado, sin que pueda dejarse en suspenso su reconocimiento hasta que se desafilie el trabajador del régimen de seguridad social en riesgos laborales.

Finalmente, como no hay más puntos objeto de apelación, no queda otro camino para la Sala que modificar la sentencia de primer grado, de conformidad con las consideraciones atrás vertidas.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia ya que ambas partes fueron recurrentes y les próspero parcialmente el recurso de alzada. Las de primera se confirman, pues de conformidad con el artículo 365 del CGP se imponen a la parte vencida en el proceso, que fue lo que hizo el a quo, y frente al monto de las mismas, que es el reproche de la alzada, ha de decirse que de conformidad con el numeral 5° del artículo 366 *ejusdem*, no es el momento procesal para controvertirlas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida el 16 de julio de 2019, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

"PRIMERO: CONDENAR a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. a reconocer y pagar a favor de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. los siguientes conceptos:

- La suma de \$1.356.233, correspondiente al 11.58 % de las prestaciones económicas (IPP) a cargo de AXA COLPATRIA S.A. y que fueron reconocidas al señor HERMINSO HERNANDEZ por parte de la sociedad demandante.
- La suma de \$ 54.500 (98.40 %), y \$ 108.567 (98.01 %), de las prestaciones económicas (IT) a cargo de AXA COLPATRIA S.A. y que fueron reconocidas al señor NESTOR ANIBAL GONZALEZ LOPEZ por parte de la sociedad demandante"

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de apelación.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las costas de primera instancia se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



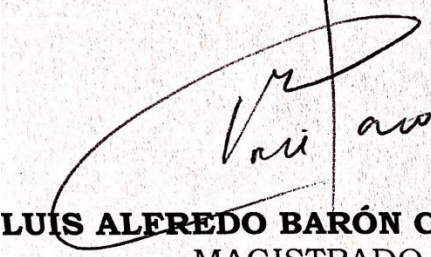
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: WALTER ADOLFO CASTAÑO GIL
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-17-2019-00599-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: PENSIÓN ESPECIAL POR HIJO INVALIDO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. WALTER ADOLFO CASTAÑO GIL instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión especial anticipada por tener a cargo a su hija inválida desde el 23 de julio de 2013, junto con las mesadas adicionales de cada año y los incrementos anuales, así como el pago de intereses moratorios contemplados en el art. 141 de la ley 100 de 1993, subsidiariamente a esta pretensión el pago de la indexación y el pago de costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se encuentra afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; que es padre de Lina Juliette Castaño González quien cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 58.35% estructurada desde el 25 de febrero de 1992, que ella depende económicamente de él, su cuidado personal es compartido con su esposa Gladys Nelbi González Pinilla; que como afiliado ha cotizado al sistema general de seguridad social en pensiones un total de 1.538 semanas única y exclusivamente a COLPENSIONES; que presentó reclamación administrativa el 29 de julio de 2013 y mediante resolución No. GNR 32466 del 5 de febrero de 2014 la entidad demandada le reconoció pensión especial de vejez por su hija inválida; que recibió asesoría errada entorno al valor de la pensión que le estaban reconociendo, razón por la que solicitó la revocatoria de dicha prestación, fue así como con en la resolución No. GNR 422931 del 12 de diciembre de 2014 se revocó la resolución anterior resolución; que después de una debida asesoría de su situación pensiones, nuevamente presenta el 19 de septiembre de 2018, reconocimiento de la pensión especial de vejez por hija inválida y la entidad en resolución GNR 328506 del 21 de diciembre de 2018 niega la prestación pretendida bajo el argumento que *"Dentro del material probatorio no obran declaración en las cuales se haga constar*

ausencia de la cónyuge o copia de acta de conciliación o sentencia judicial en firme en a que se establezca que la guarda y el cuidado personal del invalido menor de edad está exclusivamente a cargo del afiliado”, decisión frente a la cual se interpusieron recursos; que en resolución No. DPE 601 del 12 de marzo de 2019 se confirmó la anterior resolución.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Esta fue notificada en debida forma (fol. 74); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que el actor si bien cuenta con 1.547 semanas de cotización y acredita que su hija Lina Castaño tiene una pérdida de capacidad laboral del 58.35% estructurada el 1 de agosto de 1993, lo cierto es que el demandante convive con su esposa y es ella la que se hace cargo de los cuidados de su hija, por lo tanto, al no ostentar el demandante la calidad de padre cabeza de familia no se cumplen con los requisitos para el reconocimiento de la prestación solicitada. Propuso como excepciones de fondo la de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica (fls. 76 a 85).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de marzo de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y carencia de causa para demandar propuestas por la demandada y como consecuencia de lo anterior, absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por WALTER ADOLFO CASTAÑO GIL (fls. 188 a 190)

Su decisión se basó en que, a pesar que el demandante acreditó dentro del juicio que tiene por hija a Lina Castaño, quien cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 58.75%, estructurada desde la fecha de nacimiento y que contaba para el año 2011 con más de 1.000 semanas de cotización, lo cierto es que conforme lo dispuesto en la sentencia C-989 de 2006 hay lugar al reconocimiento de la prestación solicitada cuando el cuidado del hijo está a cargo de manera exclusiva del afiliado, circunstancia que no fue demostrada por la parte interesada, como quiera que tanto las documentales y las pruebas testimoniales dan cuenta de la dependencia económica de la menor Lina Castro, lo cierto es que el actor se encuentra casado con la señora Gladys Nelbi González Pinilla y conviven bajo el mismo techo, siendo su pareja la que se ha encargado del cuidado de su hija, pues ella no presenta ningún impedimento de orden laboral. Bajo este entendido la parte actora debió demostrar que su pareja, la señora Gladys Nelbi González Pinilla, también se encuentra incapacitada o que pertenece a la tercera edad, que si bien, las declarantes Aminta Tique Menez, Liliana Forero Gaitan y Odalinda Ostos, informaron que la esposa del actor presentaba quebrantos de salud, en el expediente no obra constancia que de las patologías de la señora González y mucho menos que las mismas se encuentren calificadas. A su vez, señala que tampoco se encuentra acreditado que las patologías a que se hacen referencia impidan que ella cuide de su hija en condición de discapacidad, por lo que concluye que ambos padres tienen el cuidado de su hija.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que lo que se debe demostrar para el reconocimiento de la pensión especial es la dependencia

económica del hijo inválido respecto de su progenitor, es decir que debe existir una subordinación de carácter económico, porque la dependencia del hijo en estado de discapacidad frente a la necesidad afectiva y psicológica de contar con la presencia, cariño y acompañamiento de sus progenitores es connatural a los lazos familiares, mientras que la subordinación económica es una exigencia legal a efectos de obtener la pensión especial de vejez, siendo así lo que debe demostrarse es la dependencia económica. Por lo tanto, resulta contradictorio exigir dependencia económica y acompañamiento y cuidado para acceder a la pensión, pues los padres están en la obligación de responder económicamente por sus hijos; admitirse lo contrario desdibuja lo planteado en la norma y se llegaría al absurdo que tanto padre y madre deben trabajar para acreditar una dependencia de cuidado específico y no monetaria. De igual forma, manifiesta el apelante que es imposible exigir que las personas trabajen y al mismo tiempo cuiden en un 100% a su hijo con discapacidad, por lo tanto, solicita que se revoque la sentencia y en su lugar, se accede a la totalidad de las pretensiones.

6. Alegatos de conclusión: En la oportunidad procesal COLPENSIONES presenta alegatos de conclusión solicitando la confirmación de la sentencia de primer grado, ya que en el sub examine es la esposa quien se hace cargo de la hija en condición de invalidez, y si bien se hizo alusión a que la esposa padece de una enfermedad que le impide hacerse cargo en su totalidad de la hija, no allegó calificación de pérdida de capacidad laboral, así mismo, manifestó que el desempleo del demandante no puede servir de excusa para considerarse que tenga la calidad de padre cabeza de familia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta a su favor en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿El demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión especial por hija invalida? En caso afirmativo, (ii) ¿Cuál es su fecha de causación? y (iii) ¿Tiene derecho a que se le reconozcan y paguen intereses moratorios?

Pensión especial por hijo inválido

Para establecer si el actor tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión especial por hijo inválido, debemos remitirnos al parágrafo cuarto inciso segundo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 del 2003 que establece que la madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en ese estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigidos en el RPMPD para tener derecho a una pensión de vejez.

En este punto es necesario recordar que la posibilidad de acceder a este tipo de pensión se extendió al "padre trabajador" a través de la sentencia de la H. Corte Constitucional C-789 del 2006.

Es decir, que para tener derecho a la pensión especial de vejez deprecada se deberá acreditar: (i) Tener un hijo inválido (ii) Ser madre o padre trabajador (iii) Dependencia económica del hijo frente al padre o madre y (iv) Mínimo de semanas exigido en el RPMPD.

1. Tener un hijo que padezca invalidez física o mental

Respecto del requisito relacionado con el parentesco y el estado de invalidez, aparece probado en el presente caso que el demandante tiene una hija de nombre LINA JULIETTE CASTAÑO GONZALEZ, como da cuenta el registro civil de nacimiento, visible a folio 46 y además, aparece dictamen N° 20131679155 del 5 de julio de 2013 proferido por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES (fol. 47 a 49) en el que se avizora que la hija del demandante tiene una pérdida de capacidad laboral del 58.35% con fecha de estructuración 25 de febrero de 1992.

2. Ser madre o padre trabajador y que su hijo dependa económicamente de él

Frente al segundo requisito, esto es, demostrar ser madre o padre trabajador y que su hijo dependa económicamente de él, es necesario precisar que al ocuparse de la interpretación del inciso 2° del párrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 del 2003, nuestra CSJ dejó sentado, entre otras, en las sentencias SL 3772 de 2019 y SL 4715 de 2019 que para la pensión especial consagrada en dicha normatividad, no se requiere que el progenitor a cargo del hijo en situación de discapacidad ostente la calidad de padre o madre cabeza de familia, por no encontrarse establecida dicha exigencia en la norma. Por tanto, no es necesario que la subordinación del hijo sea exclusiva o lo que es igual, que el padre o madre sea el único proveedor de ingresos monetarios para el sostenimiento de sus descendientes.

Adicionalmente, debe recordarse que el hecho de poder acceder a una pensión especial de vejez por hijo inválido, se otorga con el fin de que la madre o el padre de un hijo con un grado alto de vulnerabilidad, pueda compensar mediante el cuidado personal sus insuficiencias y colaborarle en el proceso de rehabilitación. Así pues, esta prestación tiende a favorecer a las personas afectadas por una minusvalía, quienes dentro del sistema jurídico colombiano merecen una especial protección, conforme lo ordenan las disposiciones constitucionales y lo imponen las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia al suscribir tratados como la Convención Interamericana sobre los Discapacitados, aprobada mediante la Ley 762 de 2002. Por tal motivo, nuestra alta corporación de justicia ordinaria dejó sentado que la necesidad de acreditar la dependencia contenida en la norma, hace referencia exclusiva al aspecto de la subordinación económica, pues sería contradictorio exigir una doble dependencia para la concesión del derecho, incluyendo además del aspecto económico, el acompañamiento y cuidado personal, pues ello sería desaprovechar de manera discriminatoria los roles que se han decidido como familia para velar mancomunadamente por la condición de discapacidad de un hijo (CSJ SL.4715 de 2019)

En el presente caso, advierte la Sala que COLPENSIONES negó el reconocimiento pensional perseguido, aduciendo que: *"el desempleo que su cónyuge presenta a la fecha no se puede constituir como excusa para manifestarse **padre cabeza de familia**, ya que **para obtener tal calidad** no solo se debe manifestar el desempleo sino que dicha persona presente calidades especiales como antes se explicó, que le impidan por un lado laborar y por otra parte, hacerse cargo de la persona quien presenta discapacidad"* (Fol. 45, resolución DPE601 del 12 de marzo de 2019).

Sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia ha delineado que para acceder a la pensión especial por hijo inválido la condición de *"padre o madre cabeza de familia"* no es una exigencia contemplada para esta clase de prestación, y así lo concluyó en la sentencia SL17898 de 2016, reiterada en la SL5171 de 2018 y recientemente en la SL090 , SL3772 y SL4715 de 2019, al delinear que: *"esa exigencia no se incluyó en la norma que establece la pensión especial pretendida en este asunto, pues en ninguno de sus apartes se refirió en sentido estricto a la calidad de madre cabeza de familia ni tampoco incluyó el requisito de «exclusividad» a que se hizo referencia"*.

Frente a este tema, la sentencia SL-1798 de 2016, profundizó respecto a la exposición de motivos que dieron lugar a la expedición de la norma (proyecto 98 de 2002), precisando que su objetivo no era otro que concederle el beneficio a la madre (entiéndase también al padre) responsable de la manutención del hijo afectado por la invalidez para lograr su acompañamiento, cuidado y rehabilitación, relevando al progenitor del esfuerzo diario de obtener ingresos para la subsistencia no solo de su hijo sino también la propia, lo que le posibilitará compensar con su cuidado personal las insuficiencias de éste último.

La alta corporación también dejó sentado que ni siquiera la exclusividad de los aportes o dependencia económica debe estar referida solo a uno de los progenitores, ni que la misma deba ser total y absoluta, **pues cada caso debe estudiarse desde sus particularidades**, como lo indicó en la sentencia SL319 de 2019, en la que concluyó que la ayuda económica de los familiares y parientes, no desdibuja la dependencia económica del hijo respecto de su padre, pues para hacerse acreedor de la prestación, **es necesario que tenga a su cargo el cuidado personal del descendiente en mayor o menor medida**.

Igualmente, llama poderosamente la atención otro de los fundamentos de la negativa pensional expuesta por el a quo, quien adujo que el cuidado de la joven en situación especial siempre ha estado a cargo de la madre, quien es ama de casa y respecto de quien, si bien se argumenta que sufre percances graves de salud que le impiden continuar con la atención de su hija, como en efecto fue narrado por los testigos, lo cierto es que a su juicio dicha condición debe estar acreditada mediante calificación de pérdida de capacidad laboral a efecto de demostrar que se encuentra incapacitada para velar por su cuidado

Para la Sala de decisión esta exigencia resulta ser excesiva y restrictiva, pues por un lado, impone una solemnidad no determinada por nuestro estatuto del trabajo y desatiende el principio de libertad probatoria, y por otro lado, está en contravía de los mandatos constitucionales dentro de los cuales se encuentra a cargo de la pareja (no de uno solo de los cónyuges) la obligación de velar por el desarrollo integral de los menores e impedidos, como se desprende el contenido del numeral 7 del art. 42 superior y a su vez, impone cargas de manera discriminatoria en razón al género, insistiendo en que el rol del hombre es meramente de proveedor y el rol de la mujer

de cuidadora, más aún cuando -como en este caso- se dedica exclusivamente a las labores del hogar, lo que de paso invisibiliza la labor no remunerada que a los largo de los años han desempeñado, que les han impedido acceder en igual de condiciones al género masculino a la educación y al mercado laboral, brecha que afortunadamente se ha ido cerrando, pero que resulta una realidad que ha creado estereotipos e inequidades que no podemos como juzgadores seguir avalando por no ser acorde a los principios y valores constitucionales que deben reinar en un estado de derecho.

De lo anteriormente expuesto se desprende que la presencia del padre en el hogar resulta indispensable para ejercer en mayor o menor medida el cuidado no solo físico sino también psicológico que requiere su hija en condición de discapacidad, más aún en este caso en el que los declarantes dieron fe de la deficiente condición de salud de la madre que le impide su atención en condiciones normales.

De la valoración probatoria en su conjunto, esto es, de la declaración de ODALINDA OSTOS CORONADO, LILIANA FORERO GAITÁN y AMINTA TIQUE MENESES y de la documental recabada, se logra demostrar ese grado de "mayor o menor medida" en el cuidado, que aun antes de recibir la prestación reclamada dispensa el aquí el actor en relación con su hija en situación de discapacidad, veamos: ODALINDA OSTOS CORONADO, manifestó que conoce al demandante y su núcleo familiar hace 25 años, que el actor es casado con Gladys, y de esa relación procrearon 3 hijos, de nombres Gustavo, Samuel y Lina; que Gladys se dedicó al hogar y a cuidar de Lina; que Gladys sufre de artritis y se le dificulta cuidar a Lina, **por lo que es Walter quien está pendiente de ellas**; que ella tiene que estar en el hogar cuando Walter no está; que Walter trabajaba en Uber, pero que hace 2 o 3 años no sabe si ha trabajado; que Lina necesita de terceros para bañarse, pero "comer si come sola"; y, que Walter dejó de laborar porque lo iban a trasladar a Barranquilla pero no quería retirarse de Bogotá. En cuanto a LILIANA FORERO GAITÁN, precisó que conoce a Walter y su familia hace 25 años, que fue su vecina; que los visitaba 2 veces por semana; que Gladys se dedicó a cuidar de sus tres hijos, sobre todo de Lina por su situación de Síndrome de Down; **que el cuidado de Lina está a cargo de Walter y Gladys; que Gladys tiene artritis degenerativa; que Walter está pendiente de Lina como de Gladys después del medio día**; que Walter trabajaba en Uber hasta medio día, pero que antes trabajó en la Nissan bastante tiempo; **que Walter en ese medio día sacaba a Lina a pasear, al cuidado y en lo que necesite**; que Walter dejó de trabajar porque se le acabó el contrato; que el media día en la que no estaba Walter, el cuidado de Lina lo hacía Samuel y Gladys; que Samuel, él "está allí, es estudiante".

En lo que respecta a AMINTA TIQUE MENESES, hizo alusión que conoce a Walter y su grupo familiar hace 27 años; que el grupo familiar se compone con sus hijos Gustavo, Lina y Samuel; que Gustavo y Samuel están estudiando, y "viven" con ellos; que Gladys es ama de casa, **y ha tenido problemas médicos y Walter es quien está pendiente; que Lina depende de sus padres; que a Gladys le ha tocado salir a citas médicas y Walter es quien queda pendiente de Lina**; que todos los gastos los cubre Walter; **que en ocasiones Walter lleva a Lina para su trabajo porque no le gusta dejarla sola con otras personas**; y que los otros hijos es difícil que estén al pendiente de Lina, ya que están estudiando.

Tesituras con las cuales no solo se logra acreditar la dependencia económica de LINA JULIETTE CASTAÑO GONZALEZ respecto de su padre, sino también la dependencia de todo el grupo familiar, y resaltan también esa “mayor o menor medida” en el cuidado que cada uno de los padres dispensa sobre su hija, pues aquel es quien queda pendiente de Lina cuando su madre sale a las citas médicas debido a sus dificultades en su salud, aunado a que después de laborar medio día comparte tiempo con LINA y está al pendiente de su cuidado.

En este punto, acota la Sala que resulta muy desafortunada la posición del juez primigenio al manifestar que el cuidado de Lina está a cargo de su madre, y que para optar por la prestación el progenitor debe demostrar que aquella se encuentra incapacitada o imposibilitada para seguir ejerciendo el cuidado personal de Lina, aspecto que desconoce de tajo la finalidad con la cual fue instituida la pensión anticipada de vejez por tener a cargo hijo en situación de invalidez, máxime que en esta clase de procesos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha pregonado porque el administrador de justicia tiene la obligación de excluir cualquier tipo de discriminación – positiva o negativa, roles de género y estereotipos, que produzca y reproduzca desigualdades en el acceso a derechos, recursos y oportunidades de un grupo poblacional determinado (SL3772-2019).

En aquella oportunidad la Corte es contundente en manifestar que:

"Ahora, para la Sala, resulta desacertada la afirmación del Tribunal según la cual el padre «provee los elementos económicos del hogar», mientras que la madre «cumple la función de atender a su hija en lo que se refiere al cuidado», no solo porque, de ser cierta, tal circunstancia resulta inane a los fines que se persiguen en este asunto, sino porque asertos como ese, no se compadecen con la obligación de los administradores de justicia, de excluir de sus decisiones cualquier asomo de discriminación –positiva o negativa- que produzca y reproduzca desigualdades en el acceso a derechos, recursos y oportunidades.

Tal compromiso, de por sí valioso para un Estado social de derecho, impone la eliminación de los denominados roles de género y estereotipos que, tradicionalmente, se han considerado como válidos, en grave menoscabo de un grupo poblacional determinado.

Precisamente, esas construcciones teóricas de la sociedad que establecen expectativas acerca de lo que se espera haga u omita realizar una persona en función de su género han prefigurado, a lo largo de la historia, posiciones erróneas en la estructura social de donde surgieron consideraciones desventajosas como, por ejemplo, que algunos seres humanos no eran personas sino cosas o que las mujeres eran incapaces de valerse por sí mismas y que su dedicación debía ser exclusiva al hogar mientras al hombre le correspondía proveerlo financieramente, criterios estos que, por fortuna, hoy están revaluados.

En esa medida, se tiene que nada impide que un padre de familia también se ocupe, en forma exclusiva o mancomunada con su pareja, del cuidado de un hijo en condición de discapacidad y le brinde la atención requerida para su mejoramiento de vida, pues no solo la madre está capacitada u obligada a ofrecer esa protección como lo estereotipa la sentencia fustigada.

(...)

Con tal aseveración, el ad quem persiste en esa arraigada y falaz creencia de que la persona que se dedica al cuidado del hogar no genera ningún ingreso, pese a existir innumerables y válidas posturas que la desvirtúan, pues nada es más cierto que del denominado trabajo del cuidado, depende en gran medida el buen desarrollo de la sociedad.

Colofón de lo dicho, esta Judicatura encuentra que de manera cristalina el actor logra demostrar no solo que su hija en situación de invalidez depende económicamente de él, sino también el grupo familiar que lo compone, aunado a que es un gran aliciente en el cuidado personal que requiere su hija, lo que amerita de su presencia en el hogar, no solo para dedicarse en mayor medida al cuidado de Lina, sino también para alivianar la atención que la señora GLADYS NELBI GONZALEZ PINILLA ha venido dispensando sobre su hija como "ama de casa", es decir, que puedan de manera mancomunada o compartida prestar "cuidado de un hijo en condición de discapacidad y le brinde la atención requerida para su mejoramiento de vida, **pues no solo la madre** está capacitada u obligada a ofrecer esa protección".

3. Que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez

En punto a la densidad de cotizaciones como tercer requisito, como en el presente caso se pretende el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hija inválida desde el 23 de julio de 2013, es necesario advertir que para esta data ya se encontraba vigente el parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la ley 797 del 2003, el cual exige para la fecha en que se pretende el reconocimiento de la pensión, haber cotizado 1250 semanas en cualquier tiempo. Se tiene cumplido este requisito por el actor, pues para esa fecha tenía cotizadas 1255,52 semanas, como se observa en la historia laboral allegada al expediente y vista a folios 51 a 63.

En síntesis, sin lugar a equívocos tenemos que el promotor del litigio para dicha data ya reunía los requisitos para la causación de esta prestación, ahora, respecto del disfrute de la pensión, debe advertirse que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que la pensión se hace exigible cuando el afiliado ha dejado de trabajar, tal y como fue manifestado en la sentencia No. 40517 de fecha seis (06) de noviembre de dos mil trece (2013).

En consecuencia, es procedente condenar a la demandada a reconocer y pagarle al actor una pensión especial anticipada de vejez a partir del 1 de octubre de 2018, día siguiente a la última cotización.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto y en la medida que se encuentran satisfechos todos y cada uno de los requisitos para acceder a la pensión especial por hijo inválido, se revocará la sentencia de primera instancia, por ende, se efectuara el estudio de las suplicas de la demandan en el siguiente sentido:

- **Cuantía de la pensión**

Respecto al monto de la pensión, teniendo en cuenta que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994- al

demandante le hacían falta más de 10 años para adquirir el derecho, su pensión debe liquidarse conforme al art. 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con los últimos 10 años o con toda la vida laboral, pues el demandante alcanzó a cotizar más de 1250 semanas. (criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 3917-2020).

Para el caso que nos ocupa, resulta más beneficioso para el actor tener en cuenta el IBL de los últimos 10 años, conforme liquidación adjunta, la cual hace parte integral de la presente providencia.

El número de mesadas reconocidas serán 13 al año, en la medida que el derecho se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, conforme a los términos del Acto Legislativo 001 de 2005.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas, encuentra la Sala que el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión en cuantía de \$2`574.574,80.

• **Retroactivo**

De conformidad con el art. 283 del CGP la Sala debe determinar la condena, encontrando una vez realizadas las operaciones aritméticas que, la demandada adeuda al demandante la suma de \$91.884.216,19, por las mesadas causadas entre el 1 de octubre de 2018 y el 30 de abril de 2021. Y deberá pagar las mesadas que se causen hasta la inclusión en nómina de la prestación.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/10/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.574.574,80	4,00	\$ 10.298.299,2
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.656.446,00	13,00	\$ 34.533.798,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.757.391,00	13,00	\$ 35.846.083,0
01/01/21	30/04/21	1,60%	\$ 2.801.509,00	4,00	\$ 11.206.036,0
Total retroactivo				\$ 91.884.216,19	

Excepción de prescripción

Frente a la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que la pensión le será reconocida al demandante a partir del 1 de octubre de 2018 y que radicó la demanda el 5 de septiembre de 2019, como aparece en el acta individual de reparto visible a folio 1, es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, por lo que se debe declarar no probada la excepción de prescripción.

Intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993

En torno a los intereses moratorios, el artículo 141 de la Ley 100 de 1994 establece que a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago, por tanto, es claro que en el presente caso procede la condena por concepto de intereses moratorios pues

la entidad demandada no le ha cancelado al actor las mesadas a las que tiene derecho.

En cuanto al término que tiene Colpensiones para reconocer la pensión de vejez, la Sala Mayoritaria tiene sentado que conforme al art. 9º de la Ley 797 de 2003 **debe ser en un tiempo no superior a 4 meses después de radicada la solicitud.**

Por lo anterior, tenemos que la reclamación se efectuó el día 19 de septiembre de 2018, según se desprende del contenido de la resolución SUB 328506 del 21 de diciembre de 2018 (fls. 28 a 36), por tal razón, se deberá reconocer y pagar los intereses moratorios a partir del 19 de enero de 2019.

Indexación

Dada la prosperidad de la anterior pretensión y en la medida que esta petición se plantea de manera subsidiaria, la sala se releva del estudio de esta petición.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2021, por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor del señor WALTER ADOLFO CASTAÑO GIL de la pensión especial de vejez por hija inválida, en cuantía de \$2' 574.574,80, a partir del día 1 de octubre de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a reconocer al señor WALTER ADOLFO CASTAÑO GIL la suma de \$91.884.216,19 por las mesadas causadas entre el 1 octubre de 2018 al 30 de abril de 2021. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a reconocer al señor WALTER ADOLFO CASTAÑO GIL los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 19 de enero de 2019.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera a cargo de la demandada COLPENSIONES.

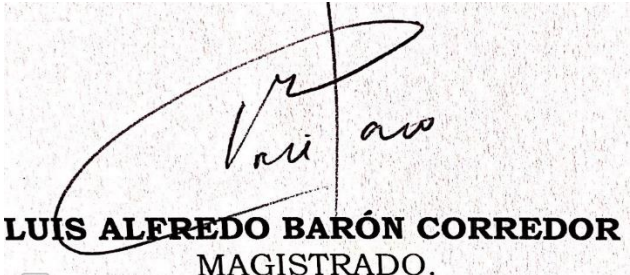
La presente providencia se notifica a las partes mediante Edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **NOHEMY BERTILDA ARIAS JIMENEZ**
DEMANDADO: **PORVENIR S.A. y OTROS.**
RADICACIÓN: **110013105-006-2017-00609-01**
ASUNTO: **CONSULTA Y APELACIÓN**
TEMA: **BONO PENSIONAL TIPO A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora NOHEMY BERTILDA ARIAS JIMENEZ a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a PORVENIR S.A. al reconocimiento y pago del Bono Pensional tipo A, por las cotizaciones efectuadas al otrora ISS entre el 05 de marzo de 1990 al 30 de septiembre de 2000, y, en consecuencia, se ordene el reconocimiento y pago de la devolución de aportes, incluyendo rendimientos financieros, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que venía afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en el periodo comprendido entre el 01 de septiembre de 1975 hasta el 14 de julio de 2002, ejerciendo labores de docente del orden nacional; que simultáneamente efectuó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales desde el 05 marzo de 1990 hasta el 31 de diciembre de 1994, y posteriormente del 01 de marzo de 1995 hasta el 30 de septiembre del 2000; que el 09 de octubre de 2000 se trasladó del ISS, a PORVENIR S.A., efectuando aportes desde el mes de octubre de 2000 hasta febrero de 2001; que mediante resolución No 00736 del 12 de marzo de 2009, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció la pensión de jubilación en cuantía inicial de \$1.194.098, efectiva a partir del 21 de marzo de 2008; que para el reconocimiento pensional por parte del Magisterio solo se tuvieron en cuenta las cotizaciones realizadas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio desde 1975 hasta el año 2002; que el 28 de noviembre de 2013 solicitó a PORVENIR S.A. la devolución de aportes, pero le fue negado el 30 de abril de 2014; que el 21 de julio de 2014, PORVENIR S.A. le comunica que evidenciaba el reconocimiento de una prestación económica, y por ello, le solicitó

que anexe la resolución de reconocimiento; que el Ministerio de Hacienda- Oficina de Bonos Pensionales mediante correo electrónico del 21 de abril de 2015, indicó que no procedía el bono pensional para personas que estuvieran devengando una pensión por parte del régimen de prima media o de los regímenes especiales; que el 30 de junio de 2017 efectuó reclamación administrativa ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pero le fue negado mediante respuesta del 24 de julio de 2017.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 69); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

- **COLPENSIONES.:** Manifiesta que no se opone ni se allana a las pretensiones, ya que van dirigidas contra PORVENIR S.A., siendo aquella la AFP donde actualmente se encuentra afiliada la demandante, y por tanto, COLPENSIONES es un tercero que no tiene injerencia en lo debatido. Como excepciones de mérito rotuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, hecho de un tercero, e inexistencia de los intereses moratorios e indexación.

- **PORVENIR S.A.:** Arguye que de conformidad con lo expuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público- Oficina de Bonos Pensionales, la actora no tiene derecho a la emisión del bono pensional tipo A, ya que el mismo es incompatible con la pensión de jubilación que le fue reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, aunado a lo anterior, manifiesta que PORVENIR S.A. no tiene en su poder suma alguna por concepto de bono pensional, ni tampoco dicha entidad liquida, emite y paga bonos pensionales. Como medios enervantes de las pretensiones propuso las que denominó falta de causa para pedir, petición antes de tiempo, cobro de lo no debido, hecho de un tercero, compensación, buena fe de PORVENIR S.A., prescripción, y la innominada o genérica.

- **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- OBP.:** Como réplica a la demanda precisó que se opone a toda y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante, en razón a que no ha existido, ni existe vínculo jurídico alguno, legal, reglamentario o contractual con la demandante, por lo que no existe relación jurídica sustancial entre la demandante y la cartera ministerial. Como excepciones de fondo rotuló las de inexistencia de obligación a cargo de la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, reconocimiento del respectivo beneficio pensional a cargo del ISS y no de la Nación- Ministerio de Hacienda, buena fe, y la genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de febrero de 2020, mediante la cual el Juzgado condenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a reconocer, emitir y expedir el bono pensional a favor de la demandante, por el lapso que va desde el 05 de marzo de 1990 hasta el 30 de septiembre de 2000, junto con los rendimientos e intereses de que trata el artículo 10 del Decreto 1299 de 1994, así como efectuar su pago ante PORVENIR S.A.; ordenar a PORVENIR S.A. que proceda con la devolución de saldos (bono pensional) a la demandante; absolvió a COLPENSIONES de las suplicas de la demanda, y gravó en costas a PORVENIR S.A. y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 184 a 186 con CD de audiencia).

Su decisión se basó en que existe compatibilidad entre la devolución de saldos y la pensión de jubilación que reconoció el Magisterio a la actora, pues se tratan de tiempos de cotización diferentes, ya que mientras la devolución de saldos es por el tiempo cotizado en el sector privado, la pensión de jubilación lo fue por el tiempo servido como docente de instituciones públicas, ello así, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Oficina de Bonos pensionales, está obligado a reconocer emitir y expedir el bono pensional por el tiempo cotizado entre el 05 de marzo de 1990 hasta el 30 de septiembre de 2000, junto con los rendimientos e intereses de que trata el artículo 10 del Decreto 1299 de 1994, y una vez haga el pago ante PORVENIR S.A., esta deberá reconocer la devolución de saldos a la demandante.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por:

- **PORVENIR S.A.:** No está de acuerdo con la orden impartida de reconocer la devolución de saldos, ya que lo que debió ordenarse es adelantar el trámite de reconocimiento pensional, y sí no acredita los requisitos ordenar la devolución de saldos, ello porque podría estarse vulnerando derechos fundamentales a la actora; que la condena es descabellada, ya que PORVENIR S.A. se encuentra bloqueada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el aplicativo que utiliza para la emisión de bonos pensionales, bloqueo que se encuentra codificado con el numero 3719; en definitiva solicita que se revoque integralmente la sentencia de primera instancia.

- **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- OBP.:** Manifiesta que los bonos pensionales se liquidan con la historia laboral de cotizaciones, pero tales cotizaciones no financian el bono pensional, pues estos son títulos de deuda pública que se financian con el erario público; que la a quo no tuvo en cuenta los principios de solidaridad y eficiencia; que debe tenerse en cuenta la sentencia C- 760 de 2004, en cuanto a que los aportes tienen la finalidad de proteger el sistema general de seguridad social; que no se tuvo en cuenta el Acto Legislativo 01 de 2005, mismo que busca unificar los regímenes pensionales, para que no se reconozcan beneficios o prestaciones a cargos de varios sistemas; que la tesis de la compatibilidad de las pensiones del magisterio con las de COLPENSIONES radica que se financian por aportes eminentemente privados; sin embargo, no ocurre lo mismo con la devolución de saldos, en la medida en que el mecanismo de financiación es a través de bono pensional de origen eminentemente público, con cargo a recursos públicos; que el Tribunal Superior de Pereira en un caso similar, apelando a los principios de solidaridad y sostenibilidad del sistema no ordena la emisión del bono pensional; que la actora se trasladó del ISS al RAIS solo para obtener la devolución de saldos; que debe modificarse la condena en costas, ya que el Ministerio asumió una defensa ajustada a derecho y no caprichosa, además es un deber como entidad pública defender o presentar oposición; que las costas son demasiado altas y no se tiene en cuenta que el Ministerio ejerce su defensa para proteger los recursos públicos.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal respectiva el Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó alegatos de conclusión solicitando se revoque la sentencia y se absuelva de las pretensiones, ello con fundamento en que la actora es una afiliada excluida del sistema general de pensiones, y además el bono pensional es incompatible con la pensión de jubilación.

Por su parte, PORVENIR S.A. manifiesta que una vez reciba el bono pensional será necesario hacer un estudio de la pensión de vejez, y por ello, ordenar la devolución de saldos podría implicar la vulneración de derechos fundamentales, como la pensión de vejez.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes procesales demandadas se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, así mismo, se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta en lo que haya sido desfavorable al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con el artículo 69 *ejusdem*.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Se debe condenar a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a la emisión, expedición y pago de un bono pensional por las cotizaciones realizadas por la actora al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, entre el periodo del 05 de marzo de 1990 al 30 de septiembre del 2000, a pesar de que le fue reconocida pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio? En caso positivo (ii) ¿PORVENIR S.A. está obligado al reconocimiento de la devolución de saldos a favor de la actora?

AFILIACIÓN Y APORTES PENSIONALES DEL DOCENTE OFICIAL AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES.

Previo a zanjar la controversia planteada, la Sala advierte que no hay discusión sobre los siguientes supuestos fácticos: (i) Que la demandante nació el 20 de marzo de 1953 (fol. 18); (ii) Que estuvo afiliado al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 05 de marzo de 1990, realizando aportes en calidad de trabajador del sector privado hasta el 30 de septiembre del 2000, logrando cotizar un total de 541.29 semanas (fols. 85 a 89) y se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. el 09 de octubre de 2000, cotizando 21.42 semanas (fol. 21); (iii) Que mediante resolución No 0736 del 02 de marzo de 2009 le fue concedida por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio la pensión de jubilación a partir del 21 de marzo de 2008, por los servicios prestados como docente nacional durante más de 20 años, desde el 01 de septiembre de 1975 hasta el 14 de julio de 2002 (fols. 26 a 29); (iv) Que PORVENIR S.A. el 21 de julio de 2014 le informa respecto al trámite del bono pensional que “se evidencia una inconsistencia en el cual registra un indicio de pensión contra otra entidad” (Fols. 39 a 41); (v) Que mediante documento de 24 de julio de 2014 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informa que es un afiliado exceptuado del sistema general de pensiones y se encuentra recibiendo pensión de jubilación por parte del magisterio, además de existir incompatibilidad entre el bono pensional tipo A y la pensión de jubilación del magisterio (Fols. 56 a 60). Así las cosas, el punto neural del debate se centra en determinar si le asiste derecho a la actora al reconocimiento y pago de la devolución de saldos por parte de PORVENIR S.A., en la que se incluya el bono pensional tipo A, y si hay lugar a ordenar que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe emitir el bono pensional tipo A, pese a que a la actora le fue concedida pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Previo a entrar en la solución de la controversia planteada, es importante señalar que, si bien los docentes oficiales están excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social en virtud de lo previsto en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, tal calidad no les impide prestar sus servicios a instituciones de naturaleza privada y en virtud a ello, financiar una posible pensión de vejez en el marco de la Ley 100 de 1993, ya sea en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Así se infiere del contenido del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, que se permite a los docentes oficiales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio que además reciban remuneraciones del sector privado, a que acumulen cotizaciones como docentes oficiales con cotizaciones del sector privado para que sean administradas en dicho fondo o en cualquiera de las administradoras de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993.

Precepto reglamentario de la Ley 100 de 1993, a partir del cual solo se puede educir, según lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que si los docentes oficiales vinculados a la entidad que administra las pensiones de ese sector, paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden válidamente afiliarse a una administradora de pensiones del RAIS o del RPM y cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen especial accederán a las prestaciones propias del mismo (Sentencia del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848).

Ahora, si bien el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, de la aplicación de dicha normativa, lo cierto es que de conformidad con el mandato previsto en el artículo 17 de la misma Ley, la calidad de exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social no exime al empleador privado de la obligación de realizar las cotizaciones al sistema cuando contrata como trabajador a quien pertenece al régimen pensional de los docentes oficiales, como sucedió en el evento bajo examen, en el que las distintas entidades del sector privado le aportaron al sistema general en pensiones a la demandante desde el 05 de marzo de 1990 hasta el 30 de septiembre de 2000, en el régimen de prima media con prestación definida, y luego, en el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., por virtud del traslado de régimen pensional.

Inclusión del bono pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales dentro del trámite de devolución de saldos en el RAIS.

Así las cosas, una interpretación sistemática de los artículos 66, 113, 118 119 y 121 de la Ley 100 de 1993 y 1º del Decreto 1299 de 1994, permite concluir que la devolución del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, de quienes no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, incluye los rendimientos financieros y **el valor del bono pensional**, si a éste hubiere lugar, y por tanto, el bono haría parte del capital del afiliado acumulado dentro de su cuenta de ahorro individual.

A más de lo anterior, tenemos que con el advenimiento del Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1993, el sistema de financiación del fondo común del RPM y de las cuentas de ahorro individual del RAIS se estructurará sobre la base de contribuciones bipartitas de empleadores y trabajadores dejando al Estado por fuera del aporte, dando lugar a la posibilidad del disfrute de dos prestaciones pensionales: una de jubilación proveniente del Tesoro Nacional (como la pensión gracia y la pensión de jubilación, en tratándose de docentes) y la otra a cargo del RPM o del RAIS, en los casos en que una misma persona prestó sus servicios a entidades públicas con regímenes exceptuados y a empleadores del sector privado.

Criterio que se compasa con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y que dispone: "*m) Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran*"; permitiéndose que una persona pueda percibir dos prestaciones pensionales, una del régimen del magisterio y otra del sistema general de pensiones, siempre que los aportes que causan cada prestación provengan de fuentes de financiación diferentes.

En el caso de autos, se resalta que las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del bono pensional, fueron efectuadas al extinto ISS en virtud de los servicios prestados por la actora en establecimientos educativos del sector privado (COOP ESPEC TABORA LTDA), y no corresponden en lo absoluto a los tiempos de servicio que sirvieron de base para el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues conforme la resolución No 736 del 02 de marzo de 2009, su pensión de jubilación se causó por el servicio prestado como docente del orden nacional desde el 01 de septiembre de 1975 hasta el 14 de julio de 2002 (fols. 26 a 29).

Bajo este horizonte, importa resaltar que dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reembolsa al afiliado a través de la devolución de saldos que regula el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, debe incluirse el bono pensional causado por aportes al extinto Instituto de Seguros Sociales, a pesar de tratarse de una persona que ha sido afiliada a un régimen exceptuado, puesto que los aportes que sirven para la financiación del bono pensional no tienen origen en fondos de naturaleza pública sino que son realizados por empleador y trabajador, y porque la finalidad de tal devolución dentro del Sistema General de Pensiones es que comprenda todos aquellos factores derivados del trabajo y del ahorro del afiliado soporte financiero de su pensión de vejez.

Ello así, la devolución de saldos en el RAIS y el Bono Pensional son dos asignaciones completamente ajenas a la pensión de jubilación del régimen exceptuado del magisterio, esto es, en razón a su fuente: una obedece a servicios prestados al Estado y otra a los aportes al Instituto de Seguros Sociales por haber cotizado como trabajadora dependiente al servicio de empleadores del sector privado.

Al respecto, baste traer a colación lo delineado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 17 de julio de 2013, radicado 41001, en un caso análogo al que hoy convoca a la Sala, en la que la Corte, adoctrinó: "*Por lo mismo, las dos erogaciones - bono pensional y devolución de saldos - no son excluyentes, ni el bono pensional está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez, como equivocadamente se denuncia en el cargo. Ahora bien,*

aunque la meta ideal del Sistema de Seguridad Social es que los bonos pensionales contribuyan, en principio, a la financiación de una pensión de vejez, pues lo deseable es que todas las personas adquieran una, como fruto de su trabajo, lo cierto es que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hacen parte de una reserva de propiedad del afiliado, que debe serle reintegrada cuando no alcanza los límites legales para pensionarse. (...) Como conclusión, no existía incompatibilidad alguna entre la pensión de jubilación oficial reconocida a la demandante y la pensión de vejez derivada del sistema de seguridad social, por lo que, tampoco existía alguna objeción para que, por esta razón, se dejara de incluir el bono pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales, dentro de la devolución de saldos."

Por lo expuesto, la afiliación y las cotizaciones de la actora al RPM fueron plenamente válidas y son compatibles con su afiliación como docente nacional al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues se itera, si bien las prestaciones pensionales de los docentes oficiales son a cargo del Estado, lo cierto es que las mismas se generan por tiempos de servicios ajenos a las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones, del cual proviene el bono pensional por la prestación de servicios en el sector privado, lo que impone impartir aprobación a la sentencia de primera instancia, en cuanto ordenó incluir el valor del bono pensional en la devolución de saldos.

Entidad competente para emitir y redimir el bono pensional con destino a la cuenta de ahorro individual por cotizaciones al RPM.

En cuanto al trámite del bono pensional causado por aportes al Instituto de Seguros Sociales, tenemos que aquel debe ser emitido por la Nación, toda vez que la actora estuvo afiliada al ISS desde el 05 de marzo de 1990 (fol. 85), es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tal y como lo dispone el literal A) de los artículos 14 y 16 del Decreto 1299 de 1994, en armonía con el inciso primero del artículo 2º del Decreto 3798 de 2003, cuyo apartes pertinentes se trasuntan:

"Artículo 14º Emisor y contribuyentes. Los bonos pensionales serán emitidos:

a. Por la Nación en los casos de que trata el artículo 16 del presente Decreto".

"Artículo 16º Decreto 1299 de 1994 Bonos pensionales y cuotas partes a cargo de la Nación. La Nación emitirá el bono pensional a los afiliados al sistema general de pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra caja, fondo o entidad del sector público sustituido por el fondo de pensiones públicas del nivel nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.

Los bonos a cargo de la Nación se emitirán con relación a los afiliados de las entidades anteriormente citadas que estuviesen vinculados con anterioridad al 1 de abril de 1994. (...)"

Y es que, con fundamento en lo dispuesto en el literal A) del artículo 14 y el artículo 16 del Decreto 1299 de 1994, en armonía con el inciso primero del artículo 2º del Decreto 3798 de 2003, es viable la emisión del bono pensional, a pesar de que de

manera coetánea haya estado afiliada al magisterio y posteriormente recibiera la pensión de jubilación del sector oficial, dado que como quedó dicho en precedencia, no existe incompatibilidad entre las prestaciones que pueda percibir en el régimen exceptuado del magisterio y las prestaciones económicas del sistema general de pensiones.

Ello así, es claro para la Judicatura que el bono pensional debe ser emitido y pagado por la Nación, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y en tal sentido es a esta entidad contra la que debe enfilarse la condena, rubro con destino a la AFP PORVENIR S.A., para que, a su vez esta última proceda a la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, por manera que, la Sala habrá de confirmar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

No le asiste razón al apoderado judicial de PORVENIR S.A. al manifestar que lo que debió ordenarse era realizar el estudio de la pensión de vejez, pues de conformidad con la documental de folios 20 a 23, le informa PORVENIR S.A. que le faltarían 616 semanas para obtener la Garantía de Pensión Mínima, es decir, de seguir cotizando podría acceder a dicha prestación a la edad de 73 años, criterios más que suficientes para despachar de manera negativa la alzada, ya que de manera cristalina se logra extraer que acredita los presupuestos del artículo 66 de la Ley 100 de 1993.

Intereses del bono pensional

De otra parte, se impartirá confirmación de esta condena, pues su sustento legal se encuentra en el artículo 10 del Decreto 1299 de 1994, que establece: *"El bono pensional devengarán interés equivalente al DTF Pensional, desde la fecha de su expedición hasta la fecha de su redención. El DTF Pensional se define como la tasa de interés efectiva anual correspondiente al interés compuesto de la inflación anual representada por el IPC, adicionado en los puntos porcentuales que se señalan a continuación (...)"*.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, además de revisarse la sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público- OBP. Las de primera se confirman, pues de conformidad con el artículo 365 del CGP se imponen a la parte vencida en el proceso, que fue lo que hizo el a quo, por demás que el Ministerio demandado hizo férrea oposición al considerar que no es viable la emisión del bono pensional tipo A. Frente al monto de las mismas, que es el reproche de la alzada Ministerial, ha de decirse que de conformidad con el numeral 5° del artículo 366 *ejusdem*, no es el momento procesal para controvertirlas.

DECISIÓN

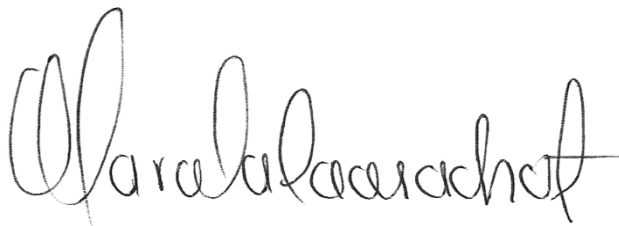
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de febrero de 2020, por el Juzgado 06 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las costas de primera instancia se confirman.

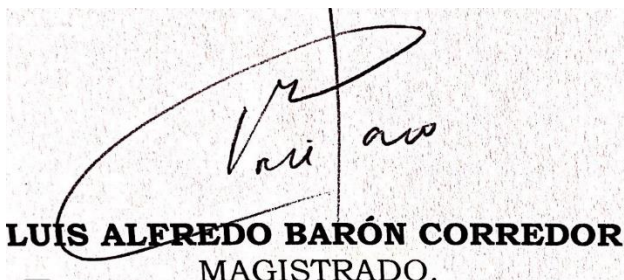
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **DORA CORTES CORTES**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **110013105-026-2020-00193-01**
ASUNTO: **CONSULTA COLPENSIONES**
TEMA: **RETROACTIVO PENSIONAL.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora DORA CORTES CORTES a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde el 01 de diciembre de 2018 hasta el 01 de diciembre de 2019, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la actualización del retroactivo, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que solicitó la pensión de vejez el 15 de octubre de 2019 ante COLPENSIONES, y por medio de resolución SUB 321119 del 25 de noviembre de 2019, le reconoció la pensión de vejez en virtud de la ley 797 de 2003, con 1.402 semanas, un 66.17 % como tasa de reemplazo y una mesada pensional de \$ 2.551.930, efectiva a partir del 01 de diciembre de 2009; que COLPENSIONES no reconoció los intereses moratorios y el retroactivo pensional; que el 10 de marzo de 2020 presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 1 archivo No 006 expediente digital); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de COLPENSIONES liquidó en debida forma la pensión de vejez de la actora, tal como quedó explicado en la resolución SUB321119 del 25 de noviembre de 2019, así mismo, que no hay lugar al pago de intereses moratorios, ya que se han pagado las mesadas pensionales desde su

inclusión en nómina de pensionados. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 04 de febrero de 2021, mediante la cual el Juzgado condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a DORA CORTES CORTES el retroactivo pensional causado desde el 01 de diciembre de 2018 hasta el 30 de noviembre de 2019 que equivale a \$ 30.542.009, al igual que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 15 de febrero de 2020 y hasta cuando se verifique el pago del retroactivo condenado; declaró no probadas las excepciones propuestas, y gravó en costas a COLPENSIONES (fls. 1 a 2, archivo No 010 expediente digital, con audio de la audiencia virtual).

Su decisión se basó en que se encontraba por fuera de discusión el reconocimiento y el monto de la mesada pensional tal como fue establecido en la resolución SUB 321119 del 25 de noviembre de 2019, en la que reconoció la prestación en cuantía inicial de \$ 2.551.930 a partir del 01 de diciembre de 2019, centrando la discusión en el retroactivo pensional desde el 01 de diciembre de 2018 hasta el 30 de noviembre de 2019, ante lo cual, consideró que le asiste derecho a la actora, en la medida en que según la historia laboral de cotizaciones, su último reporte cotizada data del 30 de noviembre de 2018, y que si bien, no existe novedad de retiro o desafiliación por parte del empleador "Instituto de Integración Culturas", tampoco existe demostración por COLPENSIONES de que haya requerido al empleador para el pago de los aportes posteriores a noviembre de 2018, aspecto que llevó a la a quo a establecer que la prestación debía reconocerse al día siguiente de la última cotización y no con corte de nómina como lo hizo COLPENSIONES, aunado a lo anterior trajo como referente la posición que en este tema a vertido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia de radicado No 49837; así mismo, consideró que había lugar a imponer intereses moratorios una vez transcurridos 4 meses después de la solicitud, aclarando que si bien COLPENSIONES procedió a reconocer la prestación en el término de 4 meses, no lo hizo de manera correcta, es decir, no reconoció la prestación desde el 01 de diciembre de 2018.

5. Impugnación y límites del ad quem. No se presentó inconformidad por las partes procesales, razón por la cual, el expediente fue enviado para surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal las partes no presentaron alegatos.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En razón a que no se planteó apelación del fallo de primera instancia, la Sala abordará el estudio de la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del CPTSS.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Le asiste derecho a la demandante a que se le reconozca y pague el retroactivo pensional desde el 01 de diciembre de 2018 hasta el 30 de noviembre de 2019? En

caso afirmativo (ii) ¿Proceden los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?

CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSION

No es objeto de controversia que la actora solicitó la pensión de vejez el 15 de octubre de 2019, siendo resuelta mediante resolución SUB 321119 del 25 de noviembre de 2019, mediante la cual se ordena el reconocimiento pensional en cuantía de \$ 2.551.930 a partir del 01 de diciembre de 2019, esto es, desde la inclusión en nómina por no encontrarse reportada la novedad de retiro (Fols. 23 a 26 Archivo 01- demanda y anexos); que el 10 de marzo de 2020 solicitó ante COLPENSIONES el retroactivo pensional e intereses moratorios (Fols. 27 a 32), con lo cual, el objeto de controversia radica en que el disfrute de la pensión de vejez debe serlo desde el 01 de diciembre de 2018, fecha en la cual la actora dejó de cotizar al sistema general de pensiones cumpliendo todos los requisitos para causar el derecho pensional.

Así las cosas, en primer término, debe revisarse el contenido del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en punto a que la pensión se reconocerá a solicitud del interesado previo cumplimiento de los requisitos mínimos para optar por aquella, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma, disposición que se acompasa con lo establecido en el artículo 35 *ibídem*, y que resulta aplicable por disposición del artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que no es necesaria la desafiliación expresa o novedad de retiro para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, y en ese orden se trae como referente la sentencia SL5603-2016, propalada en la sentencia SL11895-2017 y SL1302-2021, el cual refiere:

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

Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es «clara» y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

Igualmente, desde sentencia de radicación No 38776 de 2011, reiterada en la SL8497-2014, se venía adoctrinando que:

No obstante lo expuesto, no desconoce la Corte que, de manera excepcional, tal como lo explicó en la sentencia del 20 de octubre de 2009 (radicado 35605), cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, ella puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional.

En el caso de marras, debe tenerse en cuenta que si bien es cierto como se advierte de la resolución SUB 321119 del 25 de noviembre de 2019, no se evidencia que la actora de manera expresa haya reportado la novedad de retiro; no obstante, en la historia laboral de cotizaciones (Fols. 33 a 48) se verifica que la última cotización al sistema general de pensiones lo fue en el periodo de noviembre de 2018, cotizando 30 días, como a continuación se detalla.

COLPENSIONES NIT 900.336.004-7													
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES													
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 diciembre/2019													
ACTUALIZADO A: 13 diciembre 2019													
C 41676299 DORA CORTES CORTES													
[64] Identificación Afiliado	[131] Nombre o Razón Social	[145] R.A.	[177] Período	[187] Fecha de Pago	[201] Referencia de Pago	[249]BIC Reportada	[417] Cotización Reportada	[427] Cotización por Mes Sin Intereses	[441] Cotización por Mes	[442] Base para el Retiro	[443] Base para el Retiro	[444] Observaciones	[445] Observaciones
001900018	INSTITUTO DE INTEGRACION CULTURAL S	NO	201904	03/05/2019	0019103002208	\$ 4.900.000	\$ 784.000	\$ 0	30	30	30	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo	
001900018	INSTITUTO DE INTEGRACION CULTURAL S	NO	201905	03/05/2019	0019103002209	\$ 4.900.000	\$ 784.000	\$ 0	30	30	30	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo	
001900018	INSTITUTO DE INTEGRACION CULTURAL S	NO	201906	03/05/2019	0019103002210	\$ 4.900.000	\$ 784.000	\$ 0	30	30	30	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo	
001900018	INSTITUTO DE INTEGRACION CULTURAL S	NO	201907	03/05/2019	0019103002211	\$ 4.900.000	\$ 784.000	\$ 0	30	30	30	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo	
001900018	INSTITUTO DE INTEGRACION CULTURAL S	NO	201908	03/05/2019	0019103002212	\$ 4.900.000	\$ 784.000	\$ 0	30	30	30	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo	
001900018	INSTITUTO DE INTEGRACION CULTURAL S	NO	201909	04/10/2019	0019103002213	\$ 4.900.000	\$ 784.000	\$ 0	30	30	30	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo	
001900018	INSTITUTO DE INTEGRACION CULTURAL S	NO	201910	04/11/2019	0019103002214	\$ 4.900.000	\$ 784.000	\$ 0	30	30	30	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo	
001900018	INSTITUTO DE INTEGRACION CULTURAL S	NO	201911	04/12/2019	0019103002215	\$ 4.900.000	\$ 784.000	\$ 0	30	30	30	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo	

Así mismo, importa anotar que en la citada resolución frente a la causación de la prestación esta acaeció el 03 de diciembre de 2016, es decir, que las cotizaciones realizadas con posterioridad hasta el 2018 lo fueron para aumentar su quantum pensional, y si bien procedió a solicitar la prestación el 15 de octubre de 2019, ello no implica que su disfrute deba materializarse desde la inclusión en nómina de pensionados, sino que debía COLPENSIONES a la luz del precedente inveterado de la Corte sobre este punto, proceder a reconocer la prestación desde la última cotización, máxime que como lo dijo la a quo, ni siquiera existe probanza que permita establecer que posterior al 01 de diciembre de 2018 el empleador con el cual venía cotizando haya incurrido en mora, pues ni la actora lo alega en el transcurso del proceso, ni tampoco COLPENSIONES demostró haber ejercido acciones de cobro contra el empleador, razón por la cual, habrá de tenerse en cuenta que aconteció una desafiliación tácita del sistema pensional que debía ser valorada por COLPENSIONES al reconocer la prestación pensional.

Que a partir de lo anteriormente enunciado se procedió a realizar la liquidación de la prestación reconocida, la cual se resume de la siguiente manera:

IBL: 3,856,627 x 66.17 = \$2,551,930

SON: DOS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MIL NOVECIENTOS TREINTA PESOS M/CTE.

Para el análisis de la pensión reconocida, se tomó en cuenta que el (la) peticionario (a) cumple los requisitos para los siguientes tipos de pensión, siendo aplicada por favorabilidad el indicado en la columna "Aceptada Sistema":

Nombre	Fecha Status	Fecha Efectividad	VALOR IBL 1	VALOR IBL 2	Mejor IBL	% IBL	Valor Pensión Mensual	Aceptada
1050 semanas progresivas, 55 años de edad Ley 797 de 2003- Legal	3 de diciembre de 2016	1 de diciembre de 2019	3,856,627.00	2,896,986.00	1	66.17	2,551,930.00	SI

Lo anterior también permite inferir que, ante la falta de cotizaciones, a pesar de haber causado la prestación desde diciembre de 2016, es demostrativa que la voluntad de la actora era no solo dejar de cotizar al sistema después de haber acreditado más de las semanas mínimas exigidas, sino también entrar a disfrutar de la pensión de vejez a partir del día siguiente a la última cotización, pues a esa fecha acumulaba un número considerable de semanas cotizadas.

De otra parte, si bien de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, se requiere la desafiliación del régimen para disfrutar de la pensión de vejez, lo cierto es que, siguiendo la línea jurisprudencial en cita, en casos excepcionales la desafiliación del régimen se puede deducir de varios hechos, entre estos, como ocurre en el sub judice, la cesación de las cotizaciones como se detalla en la historia laboral a partir del mes de noviembre de 2018, lo cual no se tuvo en cuenta por COLPENSIONES, quien erróneamente decidió mantener la postura de que se requería la novedad expresa del retiro, y ante su ausencia el reconocimiento debía ser con corte de nómina, decisión que parte de una premisa equivocada, y por contera, esta Sala le halla razón al cognoscente de instancia, impartiendo confirmación a la sentencia consultada en este tópico.

Recapitulando lo dicho, así como lo estableció la a quo, hay lugar al reconocimiento del retroactivo pensional, para lo cual una vez realizados los cálculos matemáticos por la Sala se obtiene un valor de **\$ 30.544.510**, correspondiente a las mesadas causadas entre 01 de diciembre de 2018 al 30 de noviembre de 2019, suma superior a la que fulminó la a quo, que lo fue de **\$ 30.542.009**; no obstante, como la sentencia se revisa en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, se confirmará la sentencia en este aspecto.

DEFLACTAR PENSIÓN				
Año	IPC	Valor Pensión	# Mesadas	Total Retroactivo
2018	3,18%	\$ 2.473.280	1	\$ 2.473.280
2019	3,80%	\$ 2.551.930	11	\$ 28.071.230
TOTAL				\$ 30.544.510

Se autoriza igualmente a COLPENSIONES para que descuenta del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben hacerse para el sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528.

EXCEPCION DE PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción, debe tenerse en cuenta que por tratarse del reconocimiento de un retroactivo pensional, el mismo se hace exigible a partir de la notificación de la resolución por medio del cual se reconoce la pensión, de donde se sigue que en vista de que la Resolución SUB 321119 del 25 de noviembre de 2019 fue notificada el 12 de diciembre de 2019 (fl. 22), contaba la actora a partir de esa fecha con 3 años para interrumpir la prescripción o acudir a la jurisdicción laboral; empero, como quiera que en término hábil interrumpió la prescripción con la reclamación obrante a folio 27, radicada el 10 de marzo de 2020, y la demanda se presentó el 29 de julio de 2020 (fls. 1 archivo 002 expediente digital), esto es, dentro de los 3 años a que alude los artículos 151 del C.P.T y de la S.S, y 488 del CST, no hay lugar a declarar próspero tal medio exceptivo.

Así las cosas, no hay lugar a la prosperidad de ese medio exceptivo, tal como lo estableció la a quo.

INTERESES MORATORIOS

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: *"fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron"*, y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, adoctrinó que: *"están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior."*

Igualmente, en la sentencia SL1681-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, modificó la postura sobre la procedencia de los intereses moratorios, e indicó que:

*"(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora, **aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal**". (Negrilla fuera del texto)*

Frente a su causación, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: *"se causan a partir del plazo máximo de 4 meses a que se refiere el artículo 9º de la ley 797 de 2003"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley"* (CSJ SL787-2013).

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que en la Resolución SUB 321119 del 25 de noviembre de 2019 se aprecia de manera meridiana la equivocada postura de Colpensiones al considerar que el disfrute de la prestación económica debe ser con el corte de nómina, exigiendo la novedad expresa de retiro, siendo que lo procedente era otorgar la prestación a partir del día siguiente de la última cotización, y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, cuatro meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub judice, se presentó la solicitud el 15 de octubre de 2019 (fl. 23), por lo que la entidad tenía hasta el 15 de febrero de 2020 para reconocer y pagar la pensión de vejez en debida forma, pero

como ello no sucedió, hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios a partir del 15 de febrero de 2020, tal como lo ordenó la a quo, lo que subsigue la confirmación de la sentencia en este tópico.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.: CONFIRMAR la sentencia proferida el 04 de febrero de 2021 por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

(Salva voto parcial por la forma como se liquidan los intereses moratorios)

-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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **MARÍA DEL CARMEN PORRAS PORRAS**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **110013105-039-2019-00261-01**
ASUNTO: **APELACIÓN DEMANDANTE**
TEMA: **PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – COMPAÑERA PERMANENTE DE PENSIONADO.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. SHASHA RENATA SALEH MORA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora MARÍA DEL CARMEN PORRAS PORRAS a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente de JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ (Q.E.P.D), a partir del 12 de diciembre de 1989, la indexación o actualización, y los intereses moratorios.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que mediante resolución No 03413 del 15 de diciembre de 1987 el ISS, reconoció la pensión de vejez a José Pastor Porras Muñoz (Q.E.P.D); que el señor JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ (Q.E.P.D) era tío de la demandante; no obstante, por las vivencias de su pasado trágico, por el paso del tiempo, por no tener más opciones de vida, empezó a generar por fuerza de la necesidad, lazos amor, cariño, comprensión, apoyo mutuo por más de 5 años, continuos e ininterrumpidos como una pareja marital; que en audiencia ante el Juzgado 47 Administrativo del Circuito de Bogotá, la demandante, obrando como testigo de esa causa, sacó a la luz pública las violaciones a las que fue objeto como mujer menor de edad, a sus escasos 15 años de edad, violentada por su propio tío JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ (Q.E.P.D); que desde los 15 años fue recibida en la casa del señor JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ, y este se compromete a mantenerla

económicamente; que a causa de la convivencia nace su hijo FABIAN HUMBERTO PORRAS PORRAS, a quien el ISS, le reconoció la sustitución pensional mediante resolución No 0330 del 01 de febrero de 1991, quien a la fecha ya no percibe tal prestación; que JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ (Q.E.P.D), falleció el 12 de diciembre de 1989; que el 05 de enero de 1990 se presentaron a reclamar la sustitución pensional, la señora PAULINA ALONSO DE PORRAS (cónyuge), JULIO PORRAS ALONSO (hijo), FABIAN HUMBERTO PORRAS PORRAS (hijo), y MARÍA DEL CARMEN PORRAS PORRAS, y en ese momento el ISS reconoció la prestación a PAULINA ALONSO DE PORRAS (cónyuge), JULIO PORRAS ALONSO (hijo), FABIAN HUMBERTO PORRAS PORRAS (hijo); que respecto a JULIO PORRAS ALONSO (hijo), ya es mayor de 25 años y no se encuentra percibiendo la prestación; que PAULINA ALONSO DE PORRAS (cónyuge) falleció el 01 de septiembre de 1997; que presentó solicitud pensional el 03 de septiembre de 2001, pero no le fue respondida, razón por la cual acudió a la acción de tutela, el cual amparó el derecho fundamental en primera instancia, fue confirmada en segunda instancia, y excluida de revisión en la Corte Constitucional; que el ISS, hoy COLPENSIONES a través de comunicación del 25 de mayo de 2004, le manifiesta que de conformidad con el Decreto 3041 de 1966, no contempla la pensión de sobrevivientes para la compañera permanente; que la convivencia se mantuvo por espacio de más de 5 años, entre el 15 de octubre de 1982 hasta el 12 de diciembre de 1989.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 48 archivo 6 expediente digital); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que COLPENSIONES reconoció en debida forma la sustitución pensional en su momento a PAULINA ALONSO DE PORRAS (cónyuge), JULIO PORRAS ALONSO (hijo), FABIAN HUMBERTO PORRAS PORRAS (hijo), y en tal oportunidad se publicó edicto a fin de que todas las personas que se creyeran con mejor derecho se hicieron presentes, pero la aquí demandante no acudió a reclamar la prestación, haciéndolo solo hasta el 23 de julio de 2003, cuando ya había precluido el término para hacerlo. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público, y la innominada o genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 02 de diciembre de 2020, mediante la cual el Juzgado declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido, absolviendo a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas por MARIA DEL CARMEN PORRAS, gravándola en costas procesales (fls. 1 a 3 Acta expediente digital, con audio de la audiencia virtual).

Su decisión se basó en que de conformidad con el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la vigente a la fecha del deceso del causante (12 de diciembre de 1989), en el sub examine, el Decreto 3041 de 1966, el que si bien establece que puede acceder a la sustitución pensional la compañera permanente,

ello solo es posible a falta de cónyuge; que la parte demandante logró demostrar con la prueba testimonial de Emperatriz Suarez Monroy e Irma Nelcy Robledo Sánchez los 3 años de convivencia anteriores al deceso de JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ (Q.E.P.D), así como también, que en gracia de discusión tal convivencia se suplía con la procreación de un hijo, el cual nació el 4 de diciembre de 1987 conforme lo establece el artículo 55 de la ley 90 de 1946; que a pesar de lo anterior, no había lugar a reconocer la prestación, ya que no cumple con otros de los requisitos establecidos por el artículo 21 del Decreto 3041 de 1966, ya que el causante se encontraba con sociedad conyugal vigente al momento del fallecimiento, razón por la cual, en aplicación de la normatividad en cita, se excluye a la compañera permanente, esto es, que se trata de un derecho supletorio que solo nace a falta de la otra beneficiaria; que el ISS en aplicación del Decreto 3140 de 1966 procedió a otorgar la prestación a la cónyuge PAULINA ALONSO DE PORRAS y que el hecho de que aquella haya fallecido, no hace nacer el derecho en la compañera permanente, pues la norma aplicable y los presupuestos que se deben cumplir es al momento de la muerte del causante de la prestación; finalmente, que tampoco el hecho de que en la jurisdicción contenciosa administrativa le haya reconocido el derecho a la sustitución pensional por ser pensionado de la policía, implica que en la jurisdicción ordinaria deba reconocerse la prestación, pues se aplican normas diferentes y los requisitos de causación también varían.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte del apoderado judicial de la parte actora, quien manifestó que se debe tener en cuenta la sentencia SU 005 de 2018 y el test de procedencia de esa providencia, el cual los acredita la actora conforme la prueba testimonial y documental aportada al proceso; que no se debe tener en cuenta la norma al momento de fallecer, sino la actual, es decir, la ley 797 de 2003; que debe hacerse alusión al principio de equidad y condición más beneficiosa, solicitando del tribunal que se analice los presupuestos facticos y jurídicos de la demanda, aunado a que se acredita 7 años de convivencia; que el causante en la época de los hechos logró ocultar para sus familiares el haber abusado de su sobrina, situaciones que en la actualidad son reprochables, pero que a pesar de eso, convivieron por espacio de 7 años, desde 1982 hasta 1989; que con la negativa pensional se está re-victimizando a la demandante; que debe estudiarse la convivencia en relación con la ley 100 de 1993, la ley 797 de 2003, y las sentencias de la Corte Constitucional al respecto; que las contradicciones en las que pudo haber incurrido el testigo Gonzalo se deben a sus capacidades intelectuales, y debe tenerse en cuenta que son datos de hace mucho tiempo, aunado a que es una persona que vive en el campo; finalmente, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se conceda la sustitución pensional.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad para alegar de conclusión la apoderada de COLPENSIONES manifestó que debe confirmarse la decisión de instancia, dado que la normatividad aplicable es la vigente al momento del deceso, y en ese orden, la entidad demandada procedió a reconocer la prestación a quienes para ese momento eran beneficiarios.

7 CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio

de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: ¿La señora MARIA DEL CARMEN PORRAS reúne los requisitos legales para ser beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente causada por el señor JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ (q.e.p.d.), en virtud de lo establecido en el Decreto 3041 de 1966?

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES COMPAÑERA PERMANENTE Y CÓNYUGE DECRETO 3041 DE 1966.

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: (i) Que mediante resolución No 03413 del 18 de diciembre de 1987 el otrora ISS, hoy COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez al señor JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ, desde el 18 de diciembre de 1986 en cuantía de \$ 3.788 (Fol. 14 archivo No 4 expediente digitalizado); (ii) Que mediante anotación marginal en el registro civil se hace alusión a que JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ, contrajo matrimonio el 05 de mayo de 1951 con PAULINA ALONSO FLECHAS (Fol. 6 Archivo No 3 expediente digitalizado); (iii) Que JULIO ALBERTO PORRAS ALONSO nació el 11 de marzo de 1982 (Fol. 35 archivo No 2 expediente digitalizado); (iv) Que FABIAN HUMBERTO PORRAS PORRAS nació el 04 de diciembre de 1987 (Fol. 30 archivo No 2 expediente digitalizado); (v) Que el 12 de diciembre de 1989 fallece JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ (Fol. 29 archivo No 2 expediente digitalizado); (vi) Que mediante resolución No 0330 del 01 de febrero de 1991 se concedió la pensión de sobrevivientes como beneficiarios del pensionado fallecido JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ, a las siguientes personas: PAULINA ALONSO DE PORRAS en calidad de cónyuge, JULIO PORRAS ALONSO en calidad de hijo, y FABIAN PORRAS PORRAS en calidad de hijo (Fol. 27 y 28 archivo No 2 expediente digitalizado); (vi) Que el 01 de septiembre de 1997 falleció la señora PAULINA ALONSO DE PORRAS, conforme certificado de defunción allegado al plenario (Fol. 14 archivo No 02 expediente digitalizado); (vii) Que mediante oficio del 25 de mayo de 2004 el otrora ISS, hoy COLPENSIONES en respuesta a un derecho de petición le comunica a la actora que el ISS reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de la señora PAULINA ALONSO DE PORRAS en calidad de cónyuge sobreviviente del señor JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ, aunado a que el Decreto 3041 de 1966 no contempla la compañera permanente como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes (Fol. 44 archivo No 1 expediente digital).

Así las cosas, lo primero que viene a propósito colegir es que, en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente a la fecha del deceso del causante, y así lo ha aquilatado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

"Impone además recordar, que la jurisprudencia ha orientado que, en las controversias relativas a la pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es la vigente a la fecha del deceso del causante, en virtud del artículo 16 del CST, que dispone que las normas sobre el trabajo producen efecto general inmediato y no tienen efectos retroactivos sobre situaciones ya definidas o consumadas en el pasado, como lo ha dejado sentado la Corporación en sentencias como la CSJ SL, 19 feb. 2014, rad. 46101; CSJ SL, 5 feb. 2014, rad. 42193; CSJ SL, 29 en. 2014, rad. 37955 y CSJ SL, 6 ag. 2014, rad. 46862, entre otras".

En el *sub lite* le es aplicable el régimen legal contenido en el Decreto 3041 de 1986, pues el causante falleció el 12 de diciembre de 1989, y el tenor literal de tal disposición reza:

"ARTICULO 20. Cuando la muerte sea de origen no profesional, habrá derecho a pensiones de sobrevivientes en los siguientes casos:

a. Cuando a la fecha del fallecimiento el asegurado hubiere reunido las condiciones de tiempo y densidad de cotizaciones que se exigen, según el artículo 5o para el derecho a pensión de invalidez;

b. Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando de pensión de invalidez o de vejez según el presente reglamento.

ARTICULO 21. La pensión a favor del cónyuge sobreviviente será igual a un cincuenta por ciento (50%) y la de cada huérfano con derecho igual a un veinte por ciento (20%) de la pensión de invalidez o de vejez, que tenía asignada el causante, o de lo que le habría correspondido a la fecha del fallecimiento excluidos los aumentos dispuesto en el artículo 16 del presente reglamento. Cuando se trate de huérfanos de padre y madre, la cuantía de la pensión se elevará hasta el treinta por ciento (30%) para cada uno".

Ahora, como se extrae del texto normativo, la pensión allí consagrada se establece a favor de la cónyuge sobreviviente; no obstante, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha precisado que tal prestación también puede ser adquirida por quien ostente la calidad de compañera (o) permanente, pero solo de manera supletoria, es decir, a falta de la cónyuge supérstite, y así lo decantó entre otras en la sentencia SL4200 del 09 de marzo de 2016, en los siguientes términos:

"Yendo más allá. En el caso de las pensiones a cargo del Instituto de Seguros Sociales, como la de este asunto, desde la L. 90/1946 existió en favor de la compañera permanente el derecho a la pensión de «viudedad», denominada después «de sobrevivientes», a condición que: (i) el afiliado no hubiere dejado cónyuge supérstite; (ii) el de cujus y su derechohabiente se mantuvieron solteros durante el «concubinato»¹; (iii) la reclamante hubiera hecho vida marital, durante los 3 años anteriores a la muerte de su compañero, a menos que hubieran procreado hijos comunes (art. 55, L. 90/1946).

El artículo que contenía estas reglas, aunque fue consagrado para las pensiones por accidente o enfermedad profesional, resultaba aplicable, en virtud de lo dispuesto en el art. 62 de la misma ley, a las pensiones por muerte común. Tales disposiciones no fueron modificadas por el A. 224/1966, aprobado por el D. 3041 del mismo año, ni derogadas por el D. 433/1971.

(...)

*Como se explicó en precedencia, a la luz del art. 55 de la L. 90/1946, en armonía con el 62 ibídem, **la prestación de sobrevivientes en favor de la***

¹ La Corte Constitucional mediante sentencia C-482/98 declaró inexecutable esta regla, con la siguiente aclaración: «Las personas que, con posterioridad al siete de julio de 1991 no hubieren podido sustituirse en la pensión del fallecido, por causa de la aplicación del texto legal que ha sido declarado inconstitucional, podrán, a fin de que se vean restablecidos sus derechos constitucionales conculcados, reclamar de las autoridades competentes el reconocimiento de su derecho a la sustitución pensional».

compañera permanente estaba supeditada, entre otras, a la falta de cónyuge supérstite. Es decir, su derecho tenía un carácter supletorio frente a la cónyuge supérstite". (Negrilla fuera del texto)

En orden a lo anterior, acota la Sala que la *a quo* siguiendo el derrotero atrás expresado impartió absolución a COLPENSIONES, pues a pesar de que encontró de manera acuciosa que la actora acreditaba el requisito de la convivencia por lo menos en los últimos 3 años (1986 a 1989), y que en gracia de discusión tal requisito se podría obviar por haber procreado un hijo (FABIAN HUMBERTO PORRAS PORRAS) el cual nació el 04 de diciembre de 1987 (Fol. 30 archivo No 2 expediente digitalizado), es decir, durante la convivencia, procedió a negar la prestación en la medida en que el otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya había reconocido la prestación a través de Resolución No 0330 del 01 de febrero de 1991 a PAULINA ALONSO DE PORRAS en calidad de cónyuge, lo que descartaba cualquier opción de hacerse al derecho a favor de la demandante, ya que la compañera permanente solo puede optar por la prestación a falta de cónyuge supérstite, y como sostén de aquella decisión trajo a colación la sentencia SL2231 de 2020, en la cual manifestó se trata de un caso análogo al aquí debatido.

En efecto, auscultando la decisión tomada en la sentencia SL2231 de 2020, la Sala de Descongestión No 2 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso de similares contornos al aquí estudiado, concluyó:

"En efecto, aunque existe toda una fuente normativa que consagrara el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de las compañeras permanentes, lo cierto es que, como se explicó en precedencia, a la luz del artículo 55 de la Ley 90 de 1946, en armonía con el 62 ibídem, la prestación de sobrevivientes en favor de la compañera permanente estaba supeditada, entre otras, a la falta de cónyuge supérstite. Es decir, su derecho es supletorio frente a ésta".

No obstante, tal decisión fue rebatida a través de acción de tutela, y la Sala de Casación Civil en sentencia STC10176-2020, ordenó a su homóloga de la Sala Laboral a emitir una sentencia de remplazo, y fue así como a través de sentencia SL4200-2020, se cumplió la orden constitucional, y para lo que interesa a esta Litis, expresó:

"Sin embargo, de acuerdo con las consideraciones plasmadas en la sentencia de tutela CSJ STC10176-2020 y en la CC SU-574-2019, en la que se orientó que,

[...] cuando una disposición jurídica prive a los compañeros permanentes del derecho a la sustitución pensional, el operador jurídico debe interpretarla en el sentido de incluir a estas personas dentro de su ámbito de protección en los mismos términos con que se ampara al cónyuge supérstite o según los postulados de la Carta de 1991, de estar probado, siquiera de forma sumaria, que las personas que concurren para recibir la prestación tienen el derecho a que esta les sea sustituida en los términos y condiciones de las normas aplicables [...].

La reclamante tiene el derecho a suceder a la esposa del pensionado fallecido, señora Teresa de Jesús Padilla Marín, en la prestación que venía percibiendo".

Igualmente, valga a propósito traer a colación la sentencia de la Corte Constitucional SU454-2020, en la que se presentó acción constitucional contra la decisión del 27 de noviembre de 2018, tomada por la Sala de Descongestión No. 4 de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que se denegó el derecho a la sustitución pensional por tener la demandante la calidad de compañera permanente y ser su derecho supletorio o a falta de cónyuge supérstite, en tal oportunidad la Corte Constitucional adoctrino que:

"La autoridad judicial accionada estaba obligada a realizar un examen de constitucionalidad de la disposición concernida, artículo 55 de la Ley 90 de 1946, para determinar el derecho de la peticionaria a la sustitución pensional. Esto es, a la luz de los postulados de la Constitución Política de 1991, específicamente, del artículo 42 el cual prescribe que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos; sus relaciones se basan en la igualdad de derechos, así como en el respeto recíproco entre todos sus integrantes y el Estado y la sociedad están obligados a garantizar su protección integral.

La decisión de la accionada, de excluir a quien aduce ostentar la condición de compañera permanente de la sustitución pensional por aplicar la prevalencia de la cónyuge en el derecho a acceder al beneficio, prevista en el artículo 55 de la Ley 90 de 1946, configuró una violación directa de la Constitución Política. La Carta de 1991 establece expresamente que no son admisibles las distinciones fundadas en el origen del vínculo familiar y, por tanto, prevé que las determinaciones que en su vigencia mantengan estas diferenciaciones reproducen un tratamiento discriminatorio infundado e inadmisibles, merecedor de reproche".

De lo que viene dicho, esta Corporación se aviene al precedente sentado por la Corte Constitucional en las sentencias SU 579 de 2019 y SU454 de 2020, como verdadera fuente de derecho al tratarse de una "*ratio decidendi*" que se exterioriza más allá del caso particular y permite adecuar la norma (Decreto 3041 de 1966) a eventos en que la reclamante sea compañera permanente a pesar de coexistir cónyuge supérstite del causante, ello bajo los postulados de la Constitución de 1991, en especial del desarrollo del concepto de familia.

Al respecto, la sentencia SU377-2017, nos enseña: "*Ahora bien, acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI*".

Ello así, lo primero que advierte la Sala es que la a quo se equivocó al negar la prestación por el hecho de que el derecho pensional solo surge ante la falta de cónyuge supérstite, pues como quedó expresado en líneas anteriores, a la luz de los principios orientadores de la Constitución de 1991 ello no es óbice para estudiar el derecho que le puede asistir tanto a la cónyuge como a la compañera permanente del causante en virtud del Decreto 3041 de 1966 y ley 90 1946, en cuyo artículo 55 de esta última disposición, establece que tendrá derecho a la prestación siempre y

cuando “la reclamante hubiera hecho vida marital, durante los 3 años anteriores a la muerte de su compañero, a menos que hubieran procreado hijos”.

Veamos, en efecto la prueba testimonial recabada, en particular de Emperatriz Suarez Muñoz e Irma Nelcy Robledo Sánchez, dan cuenta de que conocieron a la pareja compuesta por MARIA DEL CARMEN PORRAS y el señor JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ (q.e.p.d.), por lo menos desde que aquella quedó embarazada, esto es aproximadamente a finales de 1986, y aunque no logran dar cuenta de la convivencia desde el año de 1982 como lo expresa la demandante en el libelo genitor, por lo menos, sí desde que empezaron a vivir en Suba hacia finales de 1986, y conocieron de tal pareja hasta el fallecimiento de JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ, pues en el caso de Emperatriz fue comadre (Madrina de bautizo de FABIAN HUMBERTO PORRAS PORRAS), quien acompañó a la accionante en el entierro de JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ (q.e.p.d.), testigos más que suficientes para dar por acreditada la convivencia exigida; no obstante, también es cierto que fruto de la relación de MARIA DEL CARMEN PORRAS y el señor JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ (q.e.p.d.), nació FABIAN HUMBERTO PORRAS PORRAS, el 04 de diciembre de 1987 (Fol. 30 archivo No 2 expediente digitalizado), lo que perfectamente llevaría a causar la prestación sin necesidad de exigirle la demostración de los 3 años de convivencia, razón por la cual, considera la Judicatura que están más que acreditados los requisitos para que la señora MARIA DEL CARMEN PORRAS sea beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente de JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ (q.e.p.d.), a la luz del Decreto 3041 de 1966.

En lo que respecta a la alzada del apoderado judicial de la actora, atinente a que debía tenerse en cuenta la sentencia SU 005 de 2018 sobre el test de procedibilidad y la condición más beneficiosa, importa acotar que es desafortunado el raciocinio expuesto, pues la discusión jurídica no se centra en determinar si le es aplicable una norma anterior a la fecha de deceso del causante, sino en la correcta intelección de la norma aplicable adecuándola a los principios mínimos orientadores que surgieron a partir de la Constitución de 1991, en especial sobre el concepto de familia, equidad e igualdad de derechos entre quien ostente la calidad de compañera permanente y cónyuge para efectos de la sustitución pensional.

Causado como está el derecho a favor de MARIA DEL CARMEN PORRAS, se procede a la condena en concreto, para lo cual, ha de precisarse que la sustitución pensional primigeniamente otorgada mediante resolución No 0330 del 01 de febrero de 1991, a PAULINA ALONSO DE PORRAS en calidad de cónyuge, JULIO PORRAS ALONSO en calidad de hijo, y FABIAN PORRAS PORRAS en calidad de hijo (Fol. 27 y 28 archivo No 2 expediente digitalizado), ya no se viene reconociendo por parte de COLPENSIONES, pues respecto a PAULINA ALONSO DE PORRAS (cónyuge), aquella falleció el 01 de septiembre de 1997 (Fol. 14 archivo No 02 expediente digitalizado), y respecto de JULIO PORRAS ALONSO y FABIAN PORRAS PORRAS en calidad de hijos, su derecho se encuentra extinguido, pues cumplieron la edad de 25 años en el año de 2007, y 2012, respectivamente, por haber nacido el 11 de marzo de 1982 (Fol. 35 archivo No 2 expediente digitalizado) y el 04 de diciembre de 1987 (Fol. 30 archivo No 2 expediente digitalizado), en su orden.

Aunado a lo anterior, COLPENSIONES no allegó manifestación alguna de que por circunstancias excepcionales haya seguido reconociendo la sustitución pensional a alguno de los beneficiarios antes expuestos.

Lo anterior nos permite establecer que, si bien es cierto la señora MARIA DEL CARMEN PORRAS, causó el derecho a sustituir la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente desde el óbito de JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ (12 de diciembre de 1989), no lo es menos que solo se acercó a reclamar la prestación ante el ISS, hoy COLPENSIONES en el año 2003, el cual, a pesar de haberse interpuesto acción de tutela para obtener respuesta, la misma acaeció el 25 de mayo de 2004, en la cual, el otrora ISS, hoy COLPENSIONES le comunica que reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de la señora PAULINA ALONSO DE PORRAS en calidad de cónyuge sobreviviente del señor JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ, aunado a que el Decreto 3041 de 1966 no contempla la compañera permanente como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes (Fol. 44 archivo No 1 expediente digital), hito cronológico a partir del cual, debía acudir a la jurisdicción para reclamar el derecho instado, pero ello no sucedió, ya que en el relato factual de la demanda y la prueba documental adosada solo se evidencia posterior a esa respuesta, la presentación de la demanda aquí estudiada, sin que amerite para estos efectos hacer relación a la demanda que presentó ante la jurisdicción administrativa, pues aquella acción judicial es diferente a la que aquí se estudia, y además allá se debatió el derecho a la sustitución pensional de la prestación que recibía el *de cujus* como agente de la fuerza pública.

Así las cosas, atendiendo a que la presentación de la demanda ocurrió el 10 de abril de 2019 (Fol. 1 archivo 6 expediente digitalizado), se encontrarían prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 10 de abril de 2016, vale decir, tres años anteriores a la presentación de la demanda, según y conforme lo dispuesto en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y de la S.S.

Frente al monto pensional, al no existir a la fecha más beneficiarios de la prestación le corresponde a la actora el 100% de la prestación que venía percibiendo el señor JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ, para lo cual, se procederá a actualizar la mesada pensional que recibía el *de cujus* desde el año de 1986 (\$23.788 - Fol. 14 archivo No 4 expediente digitalizado) hasta el año 2016, y luego, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$ 69.605.671**, correspondiente a las mesadas causadas entre 10 de abril de 2016 y el 31 de mayo de 2021, y a partir del 1º de junio de 2021 Colpensiones deberá cancelar a la actora una mesada pensional equivalente a \$1.051.758, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional, y que se pagará por 14 mesadas pensionales, según lo preceptuado en el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que la pensión de vejez que venía recibiendo el señor José Pastor Porras Muñoz (Q.E.P.D), fue causada con anterioridad al 31 de julio de 2011.

RETROACTIVO PENSIONAL				
Año	IPC	Valor reconocido	# mesadas	Total retroactivo
1986	20,95%	\$ 23.788		\$ 0
1987	24,02%	\$ 28.772		\$ 0
1988	28,12%	\$ 35.683		\$ 0
1989	26,12%	\$ 45.716		\$ 0
1990	32,36%	\$ 57.658		\$ 0
1991	26,82%	\$ 76.316		\$ 0

1992	25,13%	\$ 96.783		\$ 0
1993	22,60%	\$ 121.105		\$ 0
1994	22,59%	\$ 148.475		\$ 0
1995	19,46%	\$ 182.015		\$ 0
1996	21,63%	\$ 217.435		\$ 0
1997	17,68%	\$ 264.467		\$ 0
1998	16,70%	\$ 311.224		\$ 0
1999	9,23%	\$ 363.199		\$ 0
2000	8,75%	\$ 396.722		\$ 0
2001	7,65%	\$ 431.435		\$ 0
2002	6,99%	\$ 464.440		\$ 0
2003	6,49%	\$ 496.905		\$ 0
2004	5,50%	\$ 529.154		\$ 0
2005	4,85%	\$ 558.257		\$ 0
2006	4,48%	\$ 585.333		\$ 0
2007	5,69%	\$ 611.556		\$ 0
2008	7,67%	\$ 646.353		\$ 0
2009	2,00%	\$ 695.928		\$ 0
2010	3,17%	\$ 709.847		\$ 0
2011	3,73%	\$ 732.349		\$ 0
2012	2,44%	\$ 759.666		\$ 0
2013	1,94%	\$ 778.202		\$ 0
2014	3,66%	\$ 793.299		\$ 0
2015	6,77%	\$ 822.333		\$ 0
2016	5,75%	\$ 878.005	10,66666667	\$ 9.365.390
2017	4,09%	\$ 928.491	14	\$ 12.998.869
2018	3,18%	\$ 966.466	14	\$ 13.530.523
2019	3,80%	\$ 997.200	14	\$ 13.960.794
2020	1,61%	\$ 1.035.093	14	\$ 14.491.304
2021		\$ 1.051.758	5	\$ 5.258.791
			TOTAL	\$ 69.605.671

Se autoriza igualmente a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

INTERESES MORATORIOS E INDEXACIÓN

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: *"fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron"*, y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, adocrinó que: *"están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior."*

Valga también traer a la palestra la sentencia SL1681-2020, en la que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, modificó la postura sobre la procedencia de los intereses moratorios, e indicó que:

*"(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora, **aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal**". (Negrilla fuera del texto)*

No obstante lo anterior, también debe tenerse en cuenta que existen eventos en los cuales no proceden los intereses moratorios, como cuando existan ciertas dudas sobre la titularidad del derecho pensional (SL14528-2014), cuando la negativa pensional se hace con apego a la norma aplicable al caso, o cuando el derecho reconocido es en virtud de cambio de criterio jurisprudencial (SI3808-2020).

En el sub examine, debe tenerse en cuenta que el reconocimiento pensional surge del acogimiento de la postura que en derredor del tema ha pregonado la Corte Constitucional sobre la posibilidad de que la compañera permanente pueda acceder a la sustitución pensional de que trata el Decreto 3041 de 1966, a pesar de que la Sala de Casación Laboral ha negado tal reconocimiento por tratarse de un beneficio supletorio para la compañera permanente a falta de la cónyuge, tesis que para esta Judicatura hacen inviables los pretensos intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

Siendo que no se accedió a los intereses moratorios, se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que *"el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa"*, en lo que al punto concluye:

"la imposición oficiosa de la actualización no viola la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial. Por el contrario, pretende, con fundamento en los principios de equidad e integralidad del pago, ajustar las condenas a su valor real y, de esta manera, impedir que los créditos representados en dinero pierdan su poder adquisitivo por el fenómeno inflacionario. Es decir, procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral".

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá Colpensiones cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexadas a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado. Las de primera correrán a cargo de COLPENSIONES. Tásense.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.: REVOCAR la sentencia proferida el 02 de diciembre de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** que la señora MARIA DEL CARMEN PORRAS PORRAS, le asiste derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente del causante JOSE PASTOR PORRAS MUÑOZ (q.e.p.d), por cumplir con los requisitos del Decreto 3041 de 1966, conforme las consideraciones vertidas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a la señora MARIA DEL CARMEN PORRAS PORRAS, la suma de **\$69.605.671**, por concepto de retroactivo pensional causado desde el 10 de abril de 2016 hasta el 31 de mayo de 2021. A partir del 1º de junio de 2021, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, deberá pagar a la demandante, una pensión de sobrevivientes equivalente a **\$ 1.051.758**, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de junio y diciembre.

Parágrafo: Se autoriza a COLPENSIONES a realizar los descuentos para el sistema general de seguridad social en salud.

TERCERO: Se ABSUELVE de la pretensión de intereses moratorios, y en su lugar, se ordena la **INDEXACIÓN** de cada una de las mesadas que componen el retroactivo aquí ordenado y las que se sigan causando, indexación que debe hacerse teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes en que se cause cada mesada y como IPC final el del mes anterior en que se efectuó su pago.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 10 de abril de 2016, y no probadas las demás excepciones propuestas por sustracción de materia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo de COLPENSIONES. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JAIRO GONZALO SUAREZ TORRES
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-23-2020-00055-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1.Demanda. JAIRO GONZALO SUAREZ TORRES instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados al demandante, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático. Finalmente, pide que se condene a lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante se trasladó del RPMPD a la AFP Colfondos S.A. el día 31 de octubre de 1994; que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas tanto del RPMPM, como del RAIS; que no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustro únicamente sobre las ventajas al cambiarse de régimen pensional; que el demandante nació el 18 de octubre de 1959; que la AFP Colfondos, le realizó una simulación pensional, en la cual proyectó el valor de su mesada pensional para el año 2021, arrojando como resultado que el valor de su mesada pensional equivaldría a la suma de \$1.594.566; que la simulación pensional en el RPMPD, conforme lo contemplado en la ley 797 de 2003, aplicando una tasa de reemplazo equivalente al 78.12%, la proyección sería que a sus 62 años de edad, esto es para el año 2021, obtendría una mesada pensional mensual de \$2.529.452; que presentó Derecho de Petición ante Colpensiones, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 24), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colfondos S.A. Dio respuesta señalando que se allana a las pretensiones de la demanda, en atención al artículo 98 del CGP, aplicable por remisión del art. 145 del CPT y de la SS. (CD fol. 26)

4. Contestación de Colpensiones. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que el demandante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Que el demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información brindada por parte de los asesores de la AFP. Indica que dentro del acervo probatorio no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación. Además, que se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (CD fol.29)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de enero del 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de traslado que efectuó el demandante al RAIS, administrado por Colfondos. Condenó a la AFP Colfondos a devolver o trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales si a ello hubiera lugar, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la asegurada, con todos los frutos e intereses, esto es con los rendimientos que se hubiesen causado alguno, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto dado las consecuencias de la ineficacia. Declaró que el demandante para efectos pensionales se encuentra afiliado al RPMPD, administrado por Colpensiones. Declaró no probadas las excepciones propuestas.

La decisión del Juez se basó en que el derecho a la libertad de escogencia de régimen pensional, es fundamental el consentimiento libre e informado que le debe asistir al usuario. Que la carga probatoria es de la AFP. Que no es necesario que sea beneficiario del régimen de transición o la existencia de un derecho adquirido. Que para 1994, ya existía la obligación para la AFP de brindar una información completa, suficiente y oportuna de estos dos regímenes pensionales. Que, conforme al criterio de CSJ, se ordena la devolución de la totalidad de los dineros recibidos del señor demandante, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno por gastos de administración, seguros o por fondo de solidaridad. Que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem. Colpensiones interpuso recurso de apelación, argumentado que no se presentó vicios en el consentimiento, que el actor no tenía una expectativa legítima, toda vez que al momento del traslado el demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión. Señala que no era beneficiario del régimen de transición, para proceder su regreso en cualquier tiempo. Que de conformidad con la sentencia rad. 2016-0087 del 17 de enero de 2017 del Tribunal Superior de Pereira, indica que la simple manifestación de inconformidad del valor de la pensión a recibir en el RPMPD, puede resultar superior a la que pueda recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de engaño o una equivocada información por parte del fondo. Que no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, en razón a que para el año del traslado del actor los fondos solo tenían la obligación de brindar la información sobre

las condiciones al momento del traslado. Que existió un desinterés o descuido por parte del demandante, y se evidencia que el mismo decide continuar cotizando el RAIS, de manera libre y voluntaria.

7. Alegatos de conclusión:

Demandante. Señala que en las AFP recae la carga de la prueba, que las mismas tienen el deber de demostrar que cumplieron con la obligación de ofrecer a las personas, incluyendo al demandante que brindaron información clara, veraz y oportuna sobre todo lo que acarrea el cambio de Régimen Pensional.

Colpensiones: Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, ya que el juez de instancia dio plena credibilidad a la manifestación de la parte actora, sin haber demostrado en el proceso su dicho; además no existen elementos que evidencien vicios en el consentimiento o dolo en el traslado de régimen; que tampoco el actor contaba con una expectativa legítima, ya que le faltaban más de 25 años para causar su prestación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iv) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (v) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el actor fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (vi) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (vii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (viii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Jairo Gonzalo Suarez Torres cotizó al ISS desde el 17 de julio de 1981 hasta el 31 de octubre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por la Colpensiones que obra en el expediente administrativo; que se trasladó a la AFP Colfondos, vinculación que se hizo efectiva en enero de 1995, conforme aparece en la historia laboral emitida por la AFP Colfondos S.A (fol. 15 ss.).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994 a 2001- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor **Jairo Gonzalo Suarez Torres**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala

que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado. Siendo claro que no era el accionante quien debía acercarse a las instalaciones de la AFP solicitando información, sino que era la AFP PRIVADA la que debía brindar la información requerida al momento del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la Colpensiones respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el señor Jairo Gonzalo Suarez Torres haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, tener un derecho adquirido o una expectativa legítima.

Respecto al problema jurídico relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del régimen de transición como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que no le asiste razón a COLPENSIONES al señalar que no se puede aplicar la jurisprudencia de la CSJ, pues el demandante no es beneficiario del régimen de transición, como quiera que nuestra CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse**, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP, los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. Así como tampoco los gastos de administración como quiera que son una consecuencia de la ineficacia del traslado, por lo que también son imprescriptibles.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de enero del 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

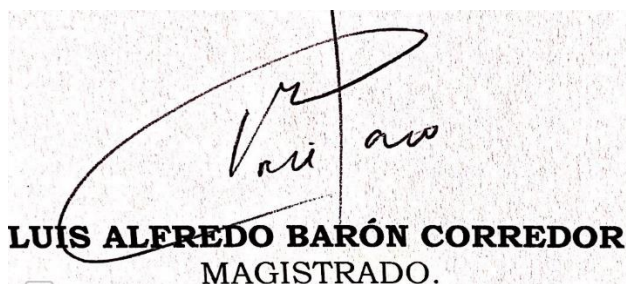
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: UMBELINA CRUZ DE ORDOÑEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-23-2019-00782-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR-COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. UMBELINA CRUZ DE ORDOÑEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR con el fin de que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare la devolución de saldos y rendimientos que la demandante tiene en la AFP Porvenir S.A en favor de Colpensiones. Que se ordene nuevamente la afiliación de la demandante desde el momento en que cobre ejecutoria el fallo de primera instancia a Colpensiones. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se le condene en costas a la demandada Porvenir S.A. (fol. 2 y ss.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que la demandante nació el 5 de septiembre de 1958; que la demandante cuenta con 61 años al momento de interponer la demanda; que se vinculó desde el día 3 de marzo de 1989 con el ISS, con la empresa "pro aseos Ltda.", y estuvo trabajando en dicha entidad hasta el 16 de diciembre de esa anualidad; que mediante decreto 729 expedido por la gobernación del Huila se nombra a la demandante, como auxiliar de cocina; que siguió haciendo los respectivos aportes al ISS desde la fecha del 6 de junio de 1991; que para el 2000 el señor pagador de la colonia escolar Manuel Betancourth, de esa época llevó un asesor del fondo pensional Horizonte hoy AFP Porvenir, y sin explicación alguna les dijo que se tenían que cambiar del ISS, al fondo Horizonte, que el cambio les convenia porque posiblemente el ISS lo iban a liquidar, para que firmara con engaños y sin explicación previa de si les convenia el traslado o no; que les hicieron firmar un documento de traslado en blanco; que la demandada violó el deber de información y los principios de buena fe y transparencia toda vez que nunca le dieron a conocer cuanto era el capital mínimo para acceder a la pensión; que para la fecha del 13 de agosto de 2015, la secretaria de educación del Huila le comunica que su cotización se estaba realizando en Colpensiones desde el 6 de junio de 1991; que posteriormente envía derecho de petición el 26 de septiembre de 2016 nuevamente a la secretaria de educación de gobernación de Huila a lo cual manifiesta que arbitrariamente se está haciendo el aportes desde el mes de septiembre del año 2014 al fondo Porvenir y que ella no

autorizó o ha enviado algún oficio para que fuera trasladada de Colpensiones a la AFP Porvenir; que solicitó el traslado de régimen, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 99); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda señalando que la demandante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Que dentro de la documental allegada, no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma. Que en la demanda se evidencia la negligencia de la demandante con respecto a consultar su situación pensional, sabiendo las obligaciones de la accionante como consumidora financiera. Que la actora se encuentra actualmente afiliada a la AFP PORVENIR S.A, sostiene que se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (exp. digital)

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación. Que pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaban a cargo de las AFP. Que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no existía disposición alguna en relación con la naturaleza de la información que debían otorgar las administradoras de fondos de pensiones. Que la afiliación de la demandante al RAIS es válida. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (exp digital).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de febrero de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS. Condenó a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales si a ello hubiese lugar, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de aseguradora, con todos los frutos e intereses, esto es con los rendimientos que se hubiesen causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia. Declaró que la demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliada al RPMPD administrado hoy por Colpensiones. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a la AFP Porvenir.

La decisión del Juez se basó en que la carga probatoria es de la AFP Porvenir quien no demostró haber brindado la información suficiente y clara al momento del traslado, Que no es necesario si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición. Que no bastaba con la firma del formulario. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación AFP PORVENIR S.A Interpuso recurso de apelación argumentando que la afiliación de la demandante al RAIS correspondió a una decisión completamente voluntaria, que la única motivación de la parte actora para retornar a Colpensiones es porque quiere pertenecer al mismo, porque no tiene ningún tipo de beneficio o desventaja de pertenecer al RAIS. Adujo que la demandante únicamente ha realizado cotizaciones por encima del mínimo de manera esporádica en los años 2017, 2016 y 2020, que el resto de cotizaciones se hicieron sobre un ingreso base de cotización igual al mínimo, por lo que la demandante podría acceder a una pensión igual a un salario mínimo tanto en el RPM como el RAIS.

Señaló que la demandante era una persona completamente capaz, de acuerdo con el artículo 1503 del Código Civil, razón por la cual debía asumir las obligaciones como consumidora financiera, como indagar acerca del acto jurídico que estaba suscribiendo y que en esa media reitero su deseo de continuar en el RAIS.

Indicó que no existe razón jurídica suficiente para declarar la nulidad o la ineficacia toda vez, que no se le está generando ningún tipo de perjuicio a la demandante, resalta que le es más beneficioso pertenecer al RAIS, en la medida en que puede acceder a una pensión de vejez actualmente y no seguir cotizando.

Finalmente, sobre los gastos de administración precisó que tienen una destinación específica por mandato legal, la cual es aplicable tanto al RPM como al RIAS, los cuales fueron debidamente invertidas y se pueden ver expresados en los rendimientos de los cuales actualmente es beneficiaria la actora, por lo que no es procedente devolver los rendimientos. Que las primas de seguros previsionales ya fueron trasladados a una compañía aseguradora, con la que se contrató la cobertura de las contingencias derivadas de la invalidez o la sobrevivencia por lo que resulta jurídicamente imposible para la AFP asumir los mismos.

6.2. Recurso de apelación COLPENSIONES: Indicó que la demandante ha cotizado la mayor parte del tiempo sobre un salario mínimo y que ya cuenta con las semanas necesarias para ser beneficiaria de una pensión de vejez en el RAIS, y acceder a una pensión de garantía mínima. Adujo, que de acuerdo con la sentencia SL 1421 del año 2019, procede la ineficacia de la afiliación cuando la insuficiencia de la información afecte los intereses de la afiliada en procura de reivindicar su derecho o el acceso al mismo. Por último, indico que, en el presente caso, como lo manifiesta la demandante ella no ha acudido a la AFP Porvenir a solicitar su pensión, además que no se reivindica ningún derecho a favor de la demandante, por lo que no se genera alguna consecuencia a la demandante.

7. Alegatos Decreto 806 del 2020.

7.1 Alegatos AFP Porvenir. Afirma que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. Que no se puede desconocer que Porvenir S.A. siempre le garantizó el derecho de retracto. Que el afiliado recibió información suficiente y que nunca se preocupó por conocer aspectos para él relevante, pese a los diferentes canales de atención con que cuenta PORVENIR S.A., lo que denota negligencia de su parte y que ahora pretende sanear a través del

proceso que adelanta, con el argumento de que no se le dio la información necesaria. Que en caso de establecer que el negocio jurídico celebrado entre las partes, no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es "el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)", lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma.

7.2 Alegatos Colpensiones. Aduce que en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo privado, que para el año del traslado de la actora, los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada, pues lo que existió fue desinterés o descuido por parte de la demandante. Que la señora UMBELINA CRUZ DE ORDOÑEZ, se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 haciéndose imposible para Colpensiones tener a la accionante como afiliada al RPM.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Umbelina Cruz de Ordoñez cotizó al ISS desde el 3 de marzo de 1989 hasta el 31 de octubre del año 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 16); que el 1 de septiembre del 2000 la demandante se afilió a la AFP Horizonte hoy AFP Porvenir conforme al formulario de afiliación (exp. digital).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000- la CSJ ha señalado que laS AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Umbelina Cruz de Ordoñez** acerca de las

diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica. Siendo claro que la falta de información no se sana por el transcurso del tiempo y que no era obligación de la demandante buscar información o asesoría, sino de la AFP brindarla al momento del traslado. Lo que se revisa en estos casos es si la AFP brindó o no la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a esta fecha, independientemente de cual régimen pensional le sea más favorable a la demandante.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de la AFP Porvenir pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el a quo en sus consideraciones, ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida a la demandante al momento del traslado.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de febrero del 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

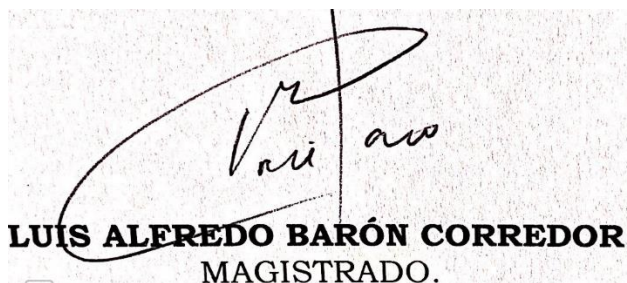
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: IRASEMA LUZ VENEGAS AHUMADA
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-22-2019-00360-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR-COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. IRASEMA LUZ VENEGAS AHUMADA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir el traslado de la demandante al RPMPD; se declare que la AFP Porvenir debe enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional de la demandante; se declare que la AFP Porvenir debe rembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales de la demandante; se ordene que Colpensiones acepte la vinculación de la demandante en el RPMPD, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración; se declare que Colpensiones como consecuencia de la nulidad debe aceptar a la demandante en el RPMPD como si nunca hubiere existido el traslado de régimen pensional; se declare que la AFP Porvenir debe reconocer y pagar la suma de (50) smmlv que trata el art. 13 literal b y 271 de la ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional de la demandante. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se le condene en costas a la demandada Porvenir S.A. (fol. 34 y ss.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que la demandante ha prestado sus servicios como empleada de la Universidad Santo Tomas y otros; que desde el inicio de su actividad laboral estuvo vinculada legalmente en el RPMPD, hasta que suscribió formulario de afiliación y traslado con la AFP Porvenir el día 30 de marzo de 2000; que los asesores de la AFP Porvenir indujeron a la demandante de manera equivocada a vincularse al RAIS; que el asesor de la AFP le indicó que al trasladarse no perdía los beneficios pensionales del RPM; que desde la fecha de afiliación ha estado gestionado ante la AFP Porvenir el traslado al RPM; que los asesores de la AFP nunca le indicaron los eventuales riesgos del traslado; que la AFP nunca le suministro información idónea para asumir una determinación objetiva; que solicitó el traslado de régimen, sin obtener una respuesta.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue

notificada en debida forma (fol. 55); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Señaló que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante. Que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Que no procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2° de la ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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 (fol. 56).

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación. Agregó que se pretende imponer una carga adicional, que para la fecha del traslado no estaba a cargo de las AFP. Que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no existía disposición alguna en relación con la naturaleza de la información que debían otorgar las administradoras de fondos de pensiones. Que la afiliación de la demandante al RAIS es válida y en consecuencia no hay lugar a realizar el traslado de la demandante. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fol. 87).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de diciembre de 2020, en la que la falladora de primera instancia declaró la nulidad del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP Porvenir, fondo en el que se encuentra afiliada la demandante traslade a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en obligación de recibirlos y efectuar el ajuste en la historia pensional de la actora. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a la AFP Porvenir.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ. Que la carga probatoria es de la AFP Porvenir quien no demostró haber brindado la información suficiente y clara al momento del traslado. Que las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, para que estos pudieran adoptar una decisión consiente y realmente libre sobre su situación pensional. Que no importa si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición. Que no bastaba con la firma del formulario. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación AFP PORVENIR S.A Interpuso recurso de apelación argumentando que para la fecha de la afiliación de la demandante, en el año 2000, el deber de asesoría no tenía el alcance que se cuenta en la actualidad, que no se exigía el deber del buen consejo, ni el deber de la doble asesoría. Señaló que sí se le brindó

características propias del régimen pensional, mediante una asesoría verbal por el espacio de 15 minutos. Adujo, que la demandante teniendo en cuenta su deber de buen padre de familia decidió que la AFP Porvenir era la mejor opción para el momento, teniendo en cuenta el contexto histórico del ISS, circunstancia ajena al fondo.

Afirmó que la demandante permaneció durante 20 años en Porvenir, con lo cual reafirmó su decisión y su vocación de permanencia dentro del RAIS. Que, a la fecha de afiliación, en el año 2000, no se obligaba a las AFP a guardar soporte documental, adicional al formulario de afiliación. Finalmente, manifestó que del interrogatorio de parte se extrae, que la demandante si recibió una asesoría por parte del agente comercial de la AFP Porvenir, cumpliendo de esta manera los requisitos legales vigentes para la fecha del traslado.

6.2. Recurso de apelación COLPENSIONES: Interpuso recurso de apelación manifestando que la afiliación efectuada por la demandante actualmente es válida, toda vez que fue suscrita de manera voluntaria, sin presiones ni constreñimientos por una persona plenamente capaz. Que de acuerdo con la ley 153 de 1887, en su artículo 17 señala las meras expectativas no constituyen derecho en contra de una ley nueva que las anule o cercene. Que la caducidad de la rescisión del formulario de afiliación, de conformidad con el artículo 1750 Código Civil señala el término de 4 años para solicitarlo. Por último, indicó que deben tenerse presente los principios de sostenibilidad fiscal del sistema pensional, la ignorancia de la ley no sirve de excusa, nadie puede alegar en su favor su propia culpa y que hay hechos sobrevinientes que no se pueden prever al momento en la afiliación.

7. Alegatos Decreto 806 del 2020.

7.1. Alegatos AFP PORVENIR. Señaló que para la fecha en que se materializó el traslado del demandante no se encontraba en cabeza de las AFP el deber de buen consejo (Decreto 2555 de 2010), que se deben estudiar de manera completa los antecedentes del potencial afiliado, que la demandante suscribió de forma voluntaria el formulario de vinculación. Con lo cual, no se encuentra acreditada situación alguna que de lugar a la ineficacia del traslado de régimen pensional. Que tampoco es procedente la devolución de los gastos de administración, como parte de las prestaciones mutuas que correspondan, y de las sumas que ha pagado por concepto de primas de los seguros previsionales que ha estado obligada a contratar.

7.2. Alegatos COLPENSIONES. Manifestó que, al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante se encontraba en la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003. Que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo). Que existió ratificación expresa o tácita que sanear el presunto vicio del contrato y, en el presente asunto la DEMANDANTE saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ibidem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizo el traslado de régimen. Que si bien la AFP debió informar de manera suficiente a la actora esto no la exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias

objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien el Juzgado declaró la nulidad por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Irasema Luz Venegas Ahumada cotizó al ISS desde el 27 de septiembre de 1990 hasta el 31 de marzo del año 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (CD fol. 25) y el 30 de marzo del 2000 la demandante se afilió a la AFP Porvenir conforme al formulario de afiliación (fol. 21).

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR S.A., lo cual no fue objeto de alza por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe

ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Irasema Luz Venegas Ahumada** acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Y es que no es cierto como lo señala la apoderada de la AFP PORVENIR que con el interrogatorio de parte absuelto por la actora se logra establecer que se le brindó la información necesaria al momento del traslado, como quiera que lo único que menciona la señora Irasema Luz Venegas es que en su lugar de trabajo, la AFP Porvenir les dio una charla grupal de 15 minutos, que le dijeron que el ISS se iba a acabar; que Porvenir le brindaba los mismos beneficios o incluso más que en el ISS; que tendría un cuenta individual; que las semanas cotizadas en el ISS iban a ser trasladadas al fondo privado, lo cual no es suficiente en los términos señalados por la jurisprudencia de la CSJ.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP Porvenir respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la señora Irasema Luz Venegas Ahumada haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto

jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro.

Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la actora, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 – sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 11 de diciembre del 2020 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar la INEFICACIA del traslado al RAIS y no su nulidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

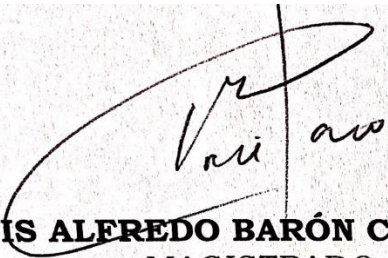
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MANUEL ANTONIO ESCOBAR DÍAZ
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-23-2019-00668-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR-COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MANUEL ANTONIO ESCOBAR DÍAZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR, con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare la libertad del demandante de afiliarse al RPMPD. Se condene a Colpensiones a recibir al demandante como afiliado cotizante. Se condene a la AFP Porvenir S.A. a liberar de sus bases de datos al demandante y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 del C.C. esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a Colpensiones aceptar, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante nació el 2 de julio de 1959; que empezó su vida laboral el 28 de febrero de 1986 con el empleador Distrib Forja de Libros Ltda.; que en dicha calenda se afilio al RPMPD; que continuó cotizando en el RPMPD hasta el 1 de enero de 1995 fecha en la cual se trasladó a Colpatria hoy Porvenir; que en visita de un asesor de la AFP Porvenir S.A. este le ofreció al demandante el beneficio de pensionarse a más temprana edad y le manifestaron de que el ISS iba a ser liquidado y que por ello sus aportes se encontrarían en riesgo; que el agente comercial de la AFP Porvenir S.A. le ofreció al demandante unos beneficios para que accediera a ese traslado, como que el monto de la pensión sería más alto al que le otorgaría el ISS; que no se le manifestó al momento de la afiliación el monto requerida en la AFP Porvenir S.A para obtener una pensión en renta vitalicia y en retiro programado; que no se le indicó que el plazo para retornar al RPMPD vencía cuando el cumpliera 52 años; que suscribió formulario de afiliación el 13 de diciembre de 1994; que al momento de la vinculación la AFP Porvenir no le presenta información suficiente, clara y concisa que le permita tomar la mejor decisión respecto a su perspectiva pensional; que solicitó el traslado al RPMPD sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 76); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que el actor no tiene derecho a la nulidad o ineficacia solicitada, pues la afiliación cuenta con validez, en tanto obra como soporte de dicha afiliación, las cotizaciones efectuadas por el demandante a dicho fondo, de manera libre, espontánea y voluntaria, además no obra soporte alguno en el expediente que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado por el actor. Propuso como excepciones de fondo las de 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 (fol. 79 y s.s. subsano 156 y s.s.).

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado de régimen pensional del demandante es completamente válido, conclusión a la que se arriba en la medida que no aporta prueba que permita concluir que su traslado de régimen pensional se dio por incumplimiento del deber de información. Señalo que con los documentos aportados no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. Indicó que el demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea completamente informado pues recibió asesoría de manera verbal por parte de la AFP Porvenir con la información suficiente y necesaria para el traslado de régimen pensional. Que la afiliación del demandante al RAIS se dio con el lleno de los requisitos vigentes para la época, razón por la cual la afiliación es plenamente válida. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (exp. digital).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de febrero de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación o del traslado al RAIS. Condenó a la AFP Porvenir a devolver o trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que deben devolverse debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago. Declaró que el demandante para efectos pensionales se encuentra afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a la AFP Porvenir.

La decisión del Juez se basó en que la carga probatoria es de la AFP Porvenir quien no demostró haber brindado la información suficiente y clara al momento del traslado, Que no importa si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición. Que no bastaba con la firma del formulario. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación AFP PORVENIR S.A.: Interpuso recurso de apelación argumentando que, para el momento del traslado el ordenamiento jurídico no determinó la forma en que las AFP debían brindar la información, ni la obligación de documentar la asesoría brindada más que el formulario de afiliación, y además estas asesorías eran de forma verbal. Indicó que solo fue hasta el desarrollo legislativo y jurisprudencial que nacieron las obligaciones de entregar cuadros comparativos, proyecciones pensionales, doble asesoría, deber del buen consejo, entre otros. Que no se requerían pruebas que soporten la asesoría, solo se requería la firma del formulario de afiliación como manifestación del consentimiento. De esta manera, señaló que no se debe tener como piso probatorio, obligaciones que nacieron con posterioridad o exigir otro tipo de pruebas diferentes al formulario de afiliación.

Adujo, que la única inconformidad del demandante radica en la diferencia entre los montos pensionales, que el actor de manera libre y voluntaria cuando se trasladó de régimen se sometía a las características de este nuevo régimen y no puede señalarse que, por haber una diferencia entre los montos pensionales, los fondos incumplen con su deber de información. Solicita se respete la voluntad de las partes y se de valor probatorio al formulario de afiliación que el demandante suscribió, prueba que demuestra los requisitos vigentes para dicho momento y la voluntad expresa del afiliado.

Finalmente, solicita se absuelva a la AFP Porvenir de la devolución de los gastos de administración, los cuales por mandato legal tienen destinación específica y que en el presente caso cumplieron su objetivo en el periodo que estuvo vinculado el actor con el RAIS y que no corresponde con las sumas legales que gobiernan las restituciones mutuas. Que la AFP cumplió con su obligación legal de generar rendimientos financieros de los aportes de la cuenta de ahorro individual del demandante, por lo que no se deben restituir los gastos de administración, por el cumplimiento de un deber legal.

6.2. Recurso de apelación COLPENSIONES: Interpuso recurso de apelación manifestando que, en el presente caso, no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, toda vez que el demandante no contaba con una expectativa legítima, que en el momento del traslado contaba con menos de 750 semanas, y había cotizado un total de 27.29 con el ISS, faltándole más de 25 años para acceder a la pensión de vejez. Señaló que el demandante no era beneficiario del régimen de transición por semanas, que no le son aplicables las sentencias SU de la Corte Constitucional. Además, que se encuentra inmerso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993.

Preciso, que teniendo en cuenta la sentencia con radicado 2016008701 del 17 de enero de 2017 del Tribunal Superior de Pereira, la simple manifestación e inconformidad del valor de la pensión a recibir en este momento en el RPM pueda resultar superior al del RAIS, no constituye prueba de una equivocada información por parte de los asesores del fondo. Que el demandante manifestó en su interrogatorio de parte, que su principal motivación es su inconformidad con la mesada pensional que va a recibir en este momento en el RAIS. Dijo, que no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, que, para el año del traslado en el año 1995, los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones del traslado. Que existió un desinterés o descuido por parte del demandante y se evidencia que el mismo decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 23 años.

7. Alegatos Decreto 806 del 2020.

7.1. Alegatos COLPENSIONES. Manifiesta que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el demandante se encontraba en la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003. Que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo). Que existió ratificación expresa o tácita que sanear el presunto vicio del contrato y, en el presente asunto el DEMANDANTE saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ibidem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizo el traslado de régimen. Que si bien la AFP debió informar de manera suficiente a la actora esto no la exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional.

7.2. Alegatos AFP PORVENIR. Indica que el traslado efectuado por el demandante al RPMPD al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley. Que el traslado de régimen pensional del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento. Que las sumas correspondientes a los gastos de administración, tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por mi representada, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (v) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (vi) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el accionante fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (vii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (viii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (ix) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?.

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor Manuel Antonio Escobar Díaz, cotizó al ISS entre el 4 de septiembre de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 103); que el 9 de diciembre de 1994 firmó el formulario de afiliación a la AFP Colpatria hoy Porvenir (fol. 38), con fecha de efectividad 1 de enero de 1995 (fol. 39), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión del demandante.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el

silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al señor **Manuel Antonio Escobar Díaz** acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Y es que si bien el demandante manifestó que su principal motivación es su inconformidad con la mesada pensional que va a recibir en el RAIS, como lo manifiesta Colpensiones en su apelación, lo cierto es que esto no es suficiente para entender que al demandante se le brindó la información necesaria al momento del traslado inicial. Siendo claro que no era el accionante quien debía acercarse a las instalaciones de la AFP solicitando información, sino que era la AFP PRIVADA la que debía brindar la información requerida al momento del traslado.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica. De manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

Finalmente, es necesario precisarle a COLPENSIONES que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a Colpensiones respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el señor Manuel Antonio Escobar Díaz haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la actora, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de PORVENIR, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el a quo en sus consideraciones; además, aunque se aduce en la alzada que la declaratoria de ineficacia puede afectar el patrimonio de la entidad que representa, lo cierto es, que ello se genera como consecuencia de su omisión al no brindar la información requerida al demandante al momento del traslado.

Se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PORVENIR los descuentos de gastos de administración, por mandato legal tienen una destinación específica, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que fuera una suma que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar durante la afiliación.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración y comisiones es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

En cuanto a se refiere a las decisiones del Tribunal Superior de Pereira, debe decirse que no son vinculantes, pues esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ, órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

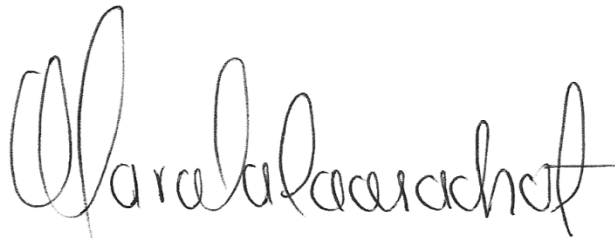
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de febrero del 2021, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

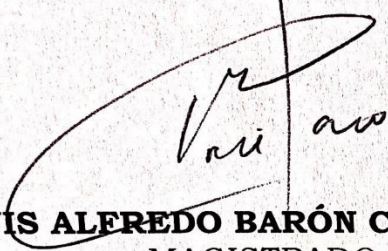
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ASTRID SARMIENTO PANIAGUA
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-26-2019-00701-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR-COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ASTRID SARMIENTO PANIAGUA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR con el fin de que se declare la nulidad de la vinculación al RAIS. Como consecuencia, se declare que la AFP Porvenir debe trasladar a la demandante del RAIS al RPMPD, y enviar el valor de los saldos o aportes pensionales a Colpensiones que se hayan consignado en la cuenta pensional de la demandante. Se declare que la AFP Porvenir S.A. debe reembolsar de forma integral, los cobros y gastos de administración, descontados de los aportes pensionales. Se declare que Colpensiones debe aceptar la vinculación de la demandante en el RPMPD, recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración. Se declare que Colpensiones como consecuencia de la nulidad acepte a la demandante en el RPMPD, como si nunca hubiere existido un traslado de régimen pensional. Se declare que la AFP Porvenir debe reconocer y pagar a la demandante la suma de 50 smmlv, de acuerdo con el art 13 literal b y 271 de la ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta atentaría contra el derecho pensional de la demandante. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se le condene en costas a las demandadas. (fol. 1 y ss. subsano fol. 50 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que la demandante laboró a favor de diferentes empleadores, efectuando sus aportes pensionales al ISS hoy Colpensiones, desde 1989 vinculada legalmente en el RPMPD; que en el año de 1995 los asesores comerciales de la AFP Porvenir S.A. la sacaron del fondo donde venia cotizando; que no fue asesorada en debida forma, que los asesores de la AFP Porvenir cuando llenaron el formulario, dejaron varias casillas en blanco y no fueron claros si le estaban realizando en su momento, una vinculación, un traslado de AFP o un traslado de régimen; que solicitó el 4 de marzo de 2019 ante la AFP Porvenir la desvinculación del RAIS; que dentro de la historia laboral emitida por la AFP Porvenir, indica que fue afiliada en diciembre de 1995; que Porvenir S.A. le ofreció, entre otros pensionarse en un tiempo menor sin inferir en el monto de la mesada pensional, un valor de la mesada

mayor al que recibiría en el fondo que venía cotizando; que solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 79); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que la parte demandante no probó causal alguna de que la afiliación a la AFP Porvenir es nula como lo manifiesta, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y que no infringe la norma por la cual no procede el regreso al RPM. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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, buena fe y la innominada o genérica (fol. 65).

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, lo realizó de forma libre y espontánea, completamente informada pues recibió asesoría de manera verbal por parte del fondo, con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias de efectuar el traslado. Indicó que no logró evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. Que el deber de buen consejo y la obligación de hacer comparaciones y proyecciones de mesada pensional entre uno y otro régimen nacieron con la expedición del Decreto 2555 de 2010 y el Decreto 2071 de 2015, normatividad que para la fecha de la afiliación no le era exigible al fondo. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fol. 97).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de febrero de 2021, en el que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Condenó a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con los rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. Condenó a Colpensiones a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a la AFP Porvenir.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ. Que la carga probatoria es de la AFP Porvenir quien no demostró haber brindado la información suficiente y clara al momento del traslado. Que la AFP debe proteger y defender los derechos de sus beneficiarios o futuros beneficiarios contra actos de terceros e incluso contra actos propios. Que no bastaba con la firma del formulario. Que se debe devolver todo al estado original y la AFP debe regresar todas las sumas que se encuentren en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, gastos de administración y comisiones. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación AFP PORVENIR S.A.: Interpuso recurso de apelación argumentando que la afiliación efectuada por la demandante no solo fue libre y voluntaria sino además consciente, que la AFP Porvenir cumplió con su obligación de suministrar la información, como características, beneficios, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que la demandante tomara una decisión de acuerdo con sus preferencias pensionales. Señaló que, de acuerdo con la declaración de parte rendida por la actora, al momento de la asesoría inicial recibió un cuadro comparativo el cual demostraba las características y las posibilidades pensionales que la misma tendría en Colpensiones y en la AFP Porvenir.

Adujo, que la AFP Porvenir no tenía la obligación de brindar un buen consejo o una doble asesoría. Que de acuerdo con el art. 1503 del C.C. la parte actora era consciente y capaz para efectuar el presente acto jurídico, el cual reviste de legalidad y validez. Que la inconformidad de la demandante únicamente radica en la diferencia del monto pensional que la misma podría recibir en el RPM o en el RAIS. Indicó que la demandante tuvo múltiples oportunidades para regresar al RPM, y la misma expresó su voluntad y deseo de pertenecer al RAIS al no generar ningún tipo de pregunta o manifestación, aun conociendo los canales de comunicación del fondo.

Finalmente, solicita se modifique la condena al pago de gastos de administración y el descuento por seguros provisionales, los cuales tienen una destinación específica por mandato legal, la cual no solo es aplicable al RAIS sino también al RPM. Y en relación a las primas de seguros previsionales, señala que fueron trasladados a una compañía aseguradora con la se contrató la cobertura de pagos de sumas adicionales para financiar las contingencias derivadas de la invalidez y de la sobrevivencia cuyo objetivo se cumplió cabalmente, por lo que no se puede retrotraer en el tiempo el presente pago.

6.2. Recurso de apelación COLPENSIONES: Interpuso recurso de apelación parcial, en relación a los gastos de administración, solicitó que dichos rubros deben devolverse a Colpensiones, de conformidad con lo establecido en el art. 20 de la Ley 100 de 1993. Indicó que el RAIS no es el único que incurre en gastos de administración y seguro previsional, que una parte de las cotizaciones de los afiliados al RPM también va dirigida a financiar los gastos de administración, la pensión de invalidez y de sobrevivientes. Por último, señaló que si bien los descuentos de gastos de administración se hacen atendiendo un mandato legal, al desaparecer la afiliación de la accionante con el RAIS, se entiende que tales emolumentos deben reintegrarse en su totalidad a Colpensiones.

7. Alegatos Decreto 860 de 2020

7.1. Alegatos Colpensiones. Manifiesta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante la señora ASTRID SARMIENTO PANIAGUA y la AFP PORVENIR S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria. Que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada el cual suministro la información veraz y completa a cerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación.

7.2. Alegatos AFP Porvenir. Aduce que el traslado efectuado por la demandante al RPMPD al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa

en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley. Que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento. Que las sumas correspondientes a los gastos de administración, tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por mi representada, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Astrid Sarmiento Paniagua, cotizó al ISS entre el 5 de enero de 1986 y el 30 de noviembre de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones que obra en el expediente administrativo; que el 30 de noviembre de 1995 firmó el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR (fol. 27), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la demandante.

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP PORVENIR S.A., lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Astrid Sarmiento Paniagua** acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Y es que si bien la demandante manifestó que recibió un cuadro comparativo de los dos regímenes al momento de la afiliación, como lo manifiesta la AFP Porvenir en su apelación, también manifestó que la asesoría fue una reunión general, que les dijeron que ISS se iba a acabar y que debían acogerse a un fondo de pensiones, lo cierto es que esto no es suficiente para entender que a la demandante se le brindó la información necesaria al momento del traslado inicial.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP Porvenir respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la señora Astrid Sarmiento Paniagua haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, la afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP PORVENIR en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no la exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que fuera una suma que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar durante la afiliación, en consecuencia, es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones como acertadamente lo indicó el *a quo* en sus consideraciones.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar

sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de febrero del 2021, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



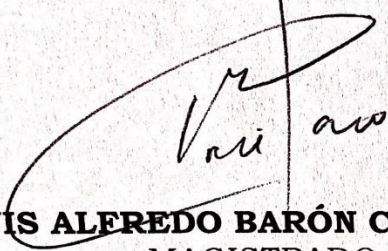
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: BETTY AURORA BERNAL MORENO
DEMANDADO: COLPENSIONES- AFP COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-27-2018-00263-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE-COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. BETTY AURORA BERNAL MORENO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y AFP COLFONDOS con el fin de que se declare la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se condene a la AFP Colfondos trasladar todos los aportes efectuados por la demandante junto con todos sus rendimientos a Colpensiones. Se condene a la AFP Colfondos a realizar todas las gestiones ante Colpensiones para el efectuar el traslado de aportes de la demandante, como consecuencia de la declaratoria de nulidad. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se le condene en costas a las demandadas. Como pretensión subsidiaria, solicita se condene a Colpensiones a efectuar todos los trámites para el traslado de aportes de la demandante como consecuencia de la declaratoria de nulidad (fol. 3 y ss.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que la demandante nació el 11 de julio de 1957; que la demandante se afilió al ISS en la modalidad de trabajador dependiente con ocasión al vínculo de trabajo con ROA BERNAL WILLIAM, para el 19 de enero de 1988; que la demandante es beneficiaria del régimen de transición; que la demandante trabaja actualmente en la Rama Judicial; que para el 13 de marzo de 1995, la AFP Colfondos S.A. a través de sus asesores se dirigieron al Juzgado Penal Municipal de Guateque (Boyacá) específicamente en la secretaria; que en dicha reunión se encontraba el señor Octavio Carranza (ex secretario Q.E.P.D.), Lucrecia del Transito Reyes (escribiente) y la demandante; que la asesora de AFP Colfondos les informó que el traslado no iba a tener ninguna consecuencia sobre la situación pensional de la demandante, que iban a tener los mismos beneficios que tenía la Caja Nacional de Previsión Social; que a la demandante no le fue informada ninguna consecuencia del traslado al RAIS; que solicitó el traslado de régimen, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 74); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contesto la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la demandante se encuentra válidamente afiliada a CAJANAL al momento del traslado al RAIS, por lo cual no está legitimada Colpensiones para responder las pretensiones de la demanda. Señala que no obstante lo anterior, no es procedente la nulidad de traslado, toda vez que el traslado del RPMPM al RAIS, se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia suscribió los formularios. Adujo que la nulidad se encuentra saneada por la permanencia de la demandante en régimen. Propuso como excepción previa la de no comprender en la demanda todos los litisconsortes necesarios y como excepciones de fondo las de falta de legitimidad en la causa, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica (fol. 81).

4. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que Colfondos si brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, que se le asesoro acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. Adujo, que la afiliación se realizó de manera informada, libre, espontánea y sin coacción alguna. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, obligación a cargo exclusivamente de un tercer y nadie puede ir en contra de sus propios actos (fol. 116).

En audiencia del 23 de octubre del 2019 se ordenó la integración de la UGPP como litisconsorcio necesario (fol. 148)

5. Contestación de la UGPP. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la voluntad de la demandante no se encuentra viciada por la nulidad que invalide el traslado de régimen pensional. Señaló que el consentimiento dado por la demandante en el año 1999 no adolece de ningún vicio, así como el negocio jurídico celebrado con está y la AFP Colfondos S.A. Propuso como excepciones de fondo las de imposibilidad de ordenar el traslado a la unidad administrativa especial de gestión pensional y contribuciones parafiscales de la protección social -UGPP, falta de causa para demandar, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado, equivalencia del ahorro, prescripción, buena fe de la UGPP (fol. 176).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de febrero de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Condenó a la AFP Colfondos a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual. Ordenó a Colpensiones afiliarse nuevamente a la demandante en el RPMPD y recibir las cotizaciones provenientes de la AFP Colfondos. Absolvió a la UGPP de las pretensiones de la demanda. Declaró probada la excepción de imposibilidad de ordenar el traslado a la UGPP formulada por la UGPP, y no probadas las de prescripción, error de derecho no vicia el consentimiento, falta de legitimidad en la causa, inexistencia de

la obligación, e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas formulas por Colpensiones y las de prescripción, no existe prueba de causal de nulidad alguna, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al RAIS y obligación a cargo exclusivamente de un tercero formulas por Colfondos S.A. Condenó en costas a la AFP Colfondos a favor de la demandante y a Colpensiones se condenó en costas a favor de la UGPP.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ. Que la carga probatoria es de la AFP Colfondos quien no demostró haber brindado la información suficiente y clara al momento del traslado. Que no obra prueba de los beneficios del cambio de régimen, ni de sus desventajas. Que no se le informó a la demandante la consecuencia de la pérdida del régimen de transición. Que no bastaba con la firma del formulario. Que la demandante debería retornar a Cajanal que era su administradora de pensiones al traslado, sin embargo, con la expedición de la Ley 1151 de 2007, se ordena la liquidación de Cajanal, por lo que se debe dar aplicación al artículo 4 del decreto 692 de 1994 y como consecuencia la demandante es acogida al régimen del ISS hoy Colpensiones. Que la Ley 1151 de 2007 creo a la UGPP como gestora de obligaciones pensionales y contribuciones parafiscales de la protección social y no como administradora de fondos de pensiones del RPMPD. Que el derecho a reclamar la ineficacia del traslado es imprescriptible.

7. Impugnación y límites del ad quem.

7.1. Recurso de apelación Demandante: Interpuso recurso de apelación parcial, respecto de los gastos de administración, señaló que la consecuencia legal de la ineficacia implica que la AFP no se beneficie de los gastos de administración, los cuales no tenía derecho por el manejo indebido desde el momento inicial en la administración de los recursos de la cuenta individual de demandante. Solicita se tenga en cuenta el criterio de la CSJ en la sentencia SL 1897 de 2019.

7.2. Recurso de apelación COLPENSIONES: Interpuso recurso de apelación manifestando que de acuerdo a las obligaciones del trabajador establecidas en el Decreto 2241 de 2010, existió un silencio por parte del consumidor financiero, que solo se preocupó cuando contaba con una situación consolidada y sin posibilidad de trasladarse por prohibición legal. Adujo, que la responsabilidad objetiva endilgada a Colpensiones al recibir a la demandante en el RPM, no exonera a la AFP Colfondos del daño que causó y no se le genera ningún tipo de responsabilidad en el desarrollo de la sentencia. Señaló que toda la carga impositiva de la ineficacia del traslado por falta de información, la asume Colpensiones quien no estuvo involucrado dentro de esta transacción jurídica.

Precisó, que para el momento del traslado no les era exigible para los fondos privados realizar una asesoría en el nivel que ha expuesto la CSJ, con excepción en los casos de afectación de un derecho pensional, el cual no aplicaría dentro de este proceso. Que Colpensiones no puede verse afectada al recibir la carga prestacional de la demandante, toda vez que esto genera una afectación de la estabilidad financiera del en el RPMPD y un desbalance en la sostenibilidad fiscal que recae únicamente en Colpensiones y no en la AFP que fue quien lo causo.

En relación con la condena en costas a favor de la UGPP, indicó que la solicitud se hizo al momento de la contestación de la demanda como medio exceptivo, para poder

garantizar la defensa de la UGPP, por lo que no existe mala fe por parte de Colpensiones y solicita se revoque la condena en costas a favor de la UGPP.

8. Alegatos Decreto 806 de 2020

8.1. Alegatos DEMANDANTE. Adujo que a pesar que el Juzgado ordenó restituir las cosas al estado inicial producto de la ineficacia del traslado de régimen pensional, no ordenó expresamente a COLFONDOS devolver las cuotas de administración.

8.2. Alegatos COLPENSIONES. En su escrito indicó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del RPMPD administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al RAIS.

8.3. Alegatos UGPP: Solicita que se confirme la decisión de instancia por haber acertado en declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la UGPP, ello por cuanto la UGPP no es administradora de pensiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por la DEMANDANTE y COLPENSIONES se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (v) ¿Se debe condenar en costas a Colpensiones? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de

afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Betty Aurora Bernal Moreno cotizó a ISS desde el 31 de enero de 1988 hasta el 28 de febrero del año 1993, y posteriormente a Cajanal desde el 1 de marzo de 1993 al 31 de diciembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 26 y 41); y que se trasladó a la AFP el día 13 de marzo de 1995, como aparece en formulario de afiliación (fol. 28)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que una afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones,

lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Betty Aurora Bernal Moreno** acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Adicionalmente, no es de recibo el argumento de Colpensiones en el que señala que no puede aceptarse el traslado porque la señora Betty Aurora Bernal Moreno, se encuentra dentro de la prohibición legal, al faltarle menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado, sino a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que

en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Respecto del asunto que gira en torno a si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, debe señalarse en primer lugar que la señora Betty Aurora Bernal Moreno antes de trasladarse al RAIS no se encontraba afiliada a Colpensiones sino a Cajanal. En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL, administradora a la cual se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de Cajanal finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por la actora a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y de conformidad con el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante compete a Colpensiones, pues nótese que Cajanal debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la Administradora del Régimen de Prima Media del ISS hoy Colpensiones.

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Costas a cargo de Colpensiones

Finalmente, respecto a la solicitud de absolver en costas a Colpensiones, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que Colpensiones fue quien solicitó la integración de litis consorcio necesario a la UGPP, se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una orden en su contra, es por lo que acertó el a quo al imponerle costas en primera instancia.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida el 22 de febrero del 2021, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ORDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Betty Aurora Bernal Moreno de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **PORVENIR S.A.**
DEMANDADO: **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**
RADICACIÓN: **110013105-038-2018-00588-01**
ASUNTO: **APELACIÓN SENTENCIA**
TEMA: **SUMA ADICIONAL POLIZA SEGURO PREVISIONAL**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La sociedad PORVENIR S.A. a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. al pago de la suma adicional para financiar la pensión de invalidez del afiliado DAVID SILVA CAVIEDES, los intereses moratorios reconocidos y pagados por PORVENIR S.A. al afiliado, la indexación, y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que BBVA HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. contrató con AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., la póliza colectiva de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes No 7 con vigencia del 1 de febrero de 2002 al 31 de octubre de 2003, cuyo objeto era amparar a todos los afiliados de la AFP PORVENIR S.A. contra los riesgos de invalidez y sobrevivencia; que la AFP PORVENIR S.A. pagó la prima de seguro previsional a AXA COLPATRIA S.A.; que al afiliado David Silva Caviedes le fue reconocida la pensión de invalidez por la vía judicial, junto con los intereses moratorios y las costas procesales; que la AFP PORVENIR S.A., mediante oficio del 26 de abril de 2018 solicitó a AXA COLPATRIA S.A. el pago de la suma adicional y los intereses moratorios, de acuerdo a los fallos emitidos a favor del afiliado David Silva Caviedes; que AXA COLPATRIA S.A. objetó la reclamación el 8 de mayo de 2018, reiterando la negativa mediante correos electrónicos del 15 de mayo y 15 de junio de 2018; que a pesar de no haber recibido respuesta positiva de AXA COLPATRIA S.A., procedió a reconocer y pagar a favor del afiliado el 02 de mayo de 2018, la suma de \$ 96.901.676 por retroactivo pensional, y \$ 185.577.463 por intereses moratorios; que a la fecha de presentación

de la demanda AXA COLPATRIA S.A. no le ha reconocido la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez, a pesar de estar obligada a ello.

2. Contestación de AXA COLPATRIA S.A.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el sustento de que, si bien PORVENIR S.A. se encuentra reconociendo la pensión de invalidez al señor David Silva Caviedes, en cumplimiento de una orden judicial, lo cierto es que, AXA COLPATRIA S.A. nunca fue vinculada al proceso judicial, por lo que no es posible que resulte obligada al pago de la suma adicional; que tampoco se le comunicó o notificó de los dictámenes de pérdida de capacidad laboral por parte de PORVENIR S.A.; que solo vino a tener conocimiento del siniestro 11 años después de haberse notificado el fondo de pensiones del dictamen de pérdida de capacidad laboral, sin haberse tenido la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción en el proceso judicial; que AXA COLPATRIA S.A. no pudo conocer el valor real del saldo de la cuenta de ahorro individual del afiliado para el momento en que acaeció el siniestro, lo que le permitiría determinar si dicha suma adicional es efectivamente requerida; que tampoco puede imponérsele la carga de pagar intereses moratorios, ya que no existe incumplimiento por parte de AXA COLPATRIA S.A., además de no haber sido vinculada al proceso judicial. Como excepciones de mérito rotuló las de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. nunca fue vinculada al proceso ordinario laboral iniciado por David Silva Caviedes para el reconocimiento de la pensión de invalidez y los efectos del fallo proferido no son extensibles a mi representada, la falta de reclamación del siniestro en debida oportunidad a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. le genera implicaciones de orden financiero relativas al cálculo de la suma adicional, prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, no puede condenarse a AXA COLPATRIA S.A. al pago de intereses moratorios e indexación, y ausencia de cobertura de la póliza colectiva de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes No 007.

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de diciembre de 2019, mediante la cual el Juzgado condenó a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. a reconocer y pagar a favor de la AFP PORVENIR S.A., la suma adicional que se requiera para costear y financiar la pensión de invalidez reconocida vía judicial al afiliado David Silva Caviedes y específicamente con destino a la financiación de esa prestación, valores que deben indexarse, tomando como índice inicial el del mes de abril de 2018 y como índice final el del mes en que se verifique el pago de la obligación por parte de la accionada; absolvió a AXA COLPATRIA S.A. de la pretensión relativa a los intereses moratorios, y condenó en costas a AXA COLPATRIA S.A. (fol. 199 con Cd de audiencia).

Su decisión se basó en que estaba por fuera de controversia la suscripción de la póliza No 007 vigente del 01 de febrero de 2002 hasta el 31 de octubre de 2003, y que por la vía judicial se reconoció la pensión de invalidez al afiliado David Silva Caviedes; que la AFP PORVENIR S.A. reconoció a favor del afiliado la prestación, el retroactivo y los intereses moratorios, circunstancia que dan viabilidad a que AXA COLPATRIA S.A. deba reconocer las sumas adicionales para la financiación de la prestación, ello de conformidad con el artículo 70 de la Ley 100 de 1993; que de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en particular la SL929 de 2018, y SL3025 de 2007, la suma adicional a cargo de la aseguradora debe ser pagada de manera automática, y se reconoce una vez se haya definido el derecho a cargo del afiliado, en el sub examine, una vez quedó ejecutoriada la decisión judicial de reconocimiento pensional, fecha a partir

de la cual la AFP PORVENIR S.A. procedió a efectuar la reclamación ante la aseguradora; que AXA COLPATRIA S.A. en calidad de garante debe fondar los recursos para financiar la pensión de invalidez, sin que pueda aducirse el cumplimiento de tecnicismos para incumplir con la obligación; que respecto a la excepción de prescripción, no aplica la establecida en el artículo 1081 del Código de Comercio, ya que conforme la jurisprudencia, en materia laboral se tiene establecido los términos para la prescripción, sin que sea dable acudir al Código de Comercio, posición sustentada en la sentencia SL1405 de 2017, aunado a que el derecho pensional es imprescriptible y en ese orden, también lo es las sumas adicionales que debe responder la aseguradora, ya que van a financiar la prestación del afiliado; respecto a los intereses moratorios, estableció que no es posible imponer esa carga a la aseguradora, ya que la finalidad de las sumas adicionales es financiar la pensión de invalidez, y no cubrir otros conceptos, además los intereses moratorios le fueron ordenados a la AFP y no a la aseguradora, y de emitir condena en este aspecto se estaría fallando en contra del riesgo asegurado y de la misma ley 100 de 1993; que en lo que respecta al valor de las sumas adicionales que debe responder la aseguradora, este debe actualizarse o indexarse desde el mes de abril de 2018 (fecha de reconocimiento de la prestación por PORVENIR S.A.) hasta la fecha en que se haga el pago de tal emolumento.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por las partes procesales, así:

4.1 PORVENIR S.A.: Insiste en que debe imponerse a AXA COLPATRIA S.A., el reconocimiento de los intereses moratorios, ya que debe ser partícipe de las condenas reconocidas al afiliado, es decir, que la orden debe extenderse no solo a las sumas adicionales, sino a todos los valores que se reconoció al afiliado por parte de la AFP.

4.2. AXA COLPATRIA S.A.: No se encuentra conforme con la condena impuesta, sustentando su inconformidad en que debe prosperar la excepción de prescripción, ya que no estamos frente a un derecho pensional, sino a una controversia de carácter privada a cargo de una póliza; que las sentencias a que hace alusión el a quo no constituyen precedente, pues en aquellas se vinculó a la aseguradora como llamada en garantía, y en el sub examine, la entidad demandada no fue convocada al proceso ordinario donde se reconoció la pensión de invalidez; que en el evento de haberse llamado en garantía a AXA COLPATRIA S.A. se hubiera evitado este proceso; que la controversia aquí suscitada debe regirse por las disposiciones del Código de Comercio en lo que respecta al contrato de seguros, y por ende dar aplicación al artículo 1081 de tal estatuto; que la AFP no presentó la reclamación en los términos establecidos en la póliza, es decir, no allegó la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, y que tal situación afecta el orden financiero de la aseguradora, ya que solo se reclama 11 años después; que no se informó a la aseguradora en los términos que establece la póliza No 007, para poder realizar el cálculo de lo correspondiente a la suma adicional que debía reconocer en su momento AXA COLPATRIA S.A.; que el hecho de haber reclamado por PORVENIR S.A. 11 años después las sumas adicionales, hace que la aseguradora no haya conocido el valor de los saldos de la cuenta de ahorro individual para asumir el valor que corresponde por sumas adicionales; en definitiva expresa que el reclamo no fue oportuno, se aplica la prescripción del Código de Comercio, y debe tenerse en cuenta el acuerdo celebrado entre los representantes legales de las entidades aquí en controversia; que en el

evento de confirmarse la condena impuesta a AXA COLPATRIA S.A., se deje incólume la absolución de los intereses moratorios.

5. Alegatos de conclusión. El apoderado judicial de PORVENIR S.A. presentó alegatos de conclusión manifestando que debe extenderse a AXA COLPATRIA S.A. la condena sobre intereses moratorios, pues aquello también hace parte del seguro previsional.

Por su parte AXA COLPATRIA S.A. en la oportunidad para alegar manifestó que el juez de instancia desconoció que dicha entidad no fue vinculada al proceso ordinario laboral en donde se reconoció la pensión de invalidez, vulnerándose el derecho de defensa y contradicción, así mismo, no se tuvo en cuenta que no se hizo reclamación del siniestro; que la prescripción se configura en virtud de lo dispuesto en el Código de Comercio, además que no guarda relación con la pensión el cual es imprescriptible; que existió ausencia de cobertura de la póliza, y finalmente, en caso de confirmarse la condena, debe mantenerse la absolución de los intereses moratorios.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por las partes procesales se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Debe AXA COLPATRIA S.A. reconocer las sumas adicionales para financiar la pensión de invalidez reconocida a David Silva Caviedes por parte de la AFP PORVENIR S.A.? Y en caso positivo (ii) ¿AXA COLPATRIA S.A. debe ser condenado por los intereses moratorios e indexación?

SUMAS ADICIONALES ARTÍCULO 70 DE LA LEY 100 DE 1993

Sea lo primero señalar que en torno de los siguientes supuestos fácticos no hay objeto de controversia: **i)** que entre AXA COLPATRIA S.A. y la AFP PORVENIR S.A. se suscribió la póliza No 007 del 1° de enero de 2001, cuya vigencia data del 01 de febrero de 2002 hasta el 31 de octubre de 2003, con cobertura para sumas adicionales para financiar la pensión de invalidez, sobrevivientes y el auxilio funerario de los afiliados a BBVA HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. (Fols. 108 a 112); **ii)** que al afiliado David Silva Caviedes, le fue reconocida la pensión de invalidez a través de sentencia del 25 de noviembre de 2009 emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva-Huila, confirmada a través de proveído del 28 de enero de 2011, por la Sala Segunda de Decisión Civil- Familia- Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, decisión no casada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a través de sentencia del 03 de octubre de 2017 (Fols. 48 a 102); **iii)** que PORVENIR S.A., en cumplimiento de la orden judicial, el 26 de abril de 2018, procedió a reconocer y pagar la pensión de invalidez al señor David Silva Caviedes, concediendo el valor de \$ 96.901.676 como retroactivo pensional desde el mes de abril de 2002 y \$ 185.577.463 como intereses moratorios (Fols. 106 y 107); **iv)** que el 26 de abril de 2018 PORVENIR S.A. solicita ante AXA COLPATRIA S.A. el pago de la suma adicional y los intereses moratorios reconocidos al afiliado David Silva Caviedes por concepto de pensión de invalidez, siendo desatada de manera desfavorable tal solicitud, a través de oficio del 08 de mayo de 2018 (Fols. 36 a 37),

siendo el punto de disenso establecer si procede el reconocimiento de la suma adicional e intereses moratorios a cargo de la entidad aseguradora AXA COLPATRIA S.A.

Pues bien, establece el artículo 70 de la Ley 100 de 1993 que:

*"Las pensiones de invalidez se financiarán con la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, el bono pensional si a éste hubiere lugar, **y la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. La suma adicional estará a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes**" (Negrilla fuera del texto).*

Sobre el tema y en aras de resolver los puntos objeto de disenso por la parte pasiva de la relación procesal, resulta oportuno traer a colación lo establecido en la sentencia SL1539 de 2020, en la que de manera explicativa toca todos los temas referidos a los contratos entre las AFP y las compañías aseguradoras, y al respecto establece:

"No son de recibo los argumentos planteados por el censor, pues como de manera reiterada y pacífica lo ha sostenido la Sala, los contratos entre las administradoras de pensiones y cesantías y las compañías aseguradoras, con sujeción a la Ley 100 de 1993, son verdaderos seguros previsionales propios de la seguridad social, y no de naturaleza comercial, así se dijo por parte de esta Corte en la sentencia CSJ SL, 21 nov. 2007, rad. 31214:

(...)

*Adicionalmente es de destacar que la Constitución Política de 1991 en su artículo 48 enmarca a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable, **lo que reafirma la tesis de que los seguros previsionales de marras, como se dijo, son dable considerarlos como una categoría especial, que los sustrae de las regulaciones comerciales o mercantiles propias de los seguros generales que vayan en contravía de los principios, cometidos o fines del sistema pensional [...].**" (Negrillas y subrayado fuera del texto).*

(...)

Bajo ese horizonte, al imponerse condena a la AFP por concepto de pensión de invalidez o sobrevivientes, automáticamente y por ministerio de la ley, a la aseguradora se le extienden los efectos como garante, y en esa medida, debe cubrir la suma adicional necesaria a fin de completar el capital necesario para financiar la prestación, siendo para ello suficiente que se acredite la causación del derecho pensional y la existencia del seguro previsional, vigente para la época de causación de la aludida acreencia, como acontece en el asunto bajo estudio, aspecto que no fue desconocido por la recurrente, sin que pueda pretender ampararse entonces en normas del Código de Comercio, que como se dijo no son aplicables, para evadir su obligación contractual, puesto que la misma no se deriva del hecho de la mora del empleador en el pago de los aportes, sino de la póliza que se constituyó con el fondo que administra el régimen pensional del afiliado. Ver entre otras, las sentencias CSJ SL, 14 ago. 2012, rad. 39292, CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839, CSJ SL9034-2017 y CJS SL929-2018"

Ello así, lo primero que viene a propósito colegir es que en efecto le asiste razón al a quo en relación con que no resultan aplicables las normas del Código de Comercio en tratándose de la póliza contratada, menos que se tenga que dar aplicación al artículo 1081 del Código de Comercio en materia de prescripción, ya que como se extrae de la providencia atrás aludida, los seguros previsionales son "*verdaderos seguros previsionales propios de la seguridad social, y no de naturaleza comercial*", aunado a que, al tratarse del reconocimiento de una prestación propia del sistema integral de seguridad social con carácter de irrenunciable, mal podría aplicarse la prescripción, ya que la finalidad de las sumas adicionales hacen parte de la financiación de la pensión de invalidez y sobrevivientes, que por su naturaleza ostentan la calidad de derechos irrenunciables e imprescriptibles.

Ahora, en lo que refiere el alzadista de que la AFP no le comunicó del dictamen de pérdida de capacidad laboral a la aseguradora, es decir, no le comunicó el siniestro, y que por ello, no pudo realizar el cálculo de la suma adicional requerida, o eventualmente analizar si se requería o no de la suma adicional por parte de la aseguradora, ha de decirse que en la misma providencia atrás referida, trayendo a colación varios pronunciamientos realizados en el mismo horizonte, dice la Corte:

"En punto del debate, se pronunció la Sala en la sentencia SL1363-2018, reiterada en la CSJ SL3399-2018, en donde sostuvo:

"También se ha precisado por la Corporación, que no es necesario que la AFP demuestre la necesidad de la suma adicional, en un monto específico, pues basta con acreditar la causación de la prestación y la existencia del contrato de seguro previsional respectivo, como ocurre en este caso, para lo cual puede consultarse las sentencias CSJ SL11610-2015, reiterada en la CSJ SL6030-2017"

De lo expuesto, precisamente en el sub examine, el reconocimiento pensional que hace la AFP PORVENIR S.A. al afiliado David Silva Caviedes, lo fue en pleno acatamiento de las decisiones judiciales que reconocieron el derecho en su favor, luego de surtir los trámites de instancia, y también el recurso extraordinario de casación, situación que llevó a PORVENIR S.A., el 26 de abril de 2018 a proceder a reconocer y pagar la pensión de invalidez, concediendo el valor de \$ 96.901.676 como retroactivo pensional desde el mes de abril de 2002 y \$ 185.577.463 como intereses moratorios (Fols. 106 y 107), lo que le habilitaba para proceder a reclamar ante la aseguradora la suma adicional establecida en la póliza No 007 vigente para la fecha en que se causó la prestación, esto es, 02 de abril de 2002, toda vez que la póliza estaba vigente entre el 01 de febrero de 2002 hasta el 31 de enero de 2003.

Para reforzar lo anterior, acota la Sala que la obligación de reconocer las sumas adicionales por parte de la aseguradora opera por ministerio de la ley y de manera automática una vez se acredite la causación y reconocimiento pensional y el contrato de seguro previsional, requisitos que como se dijo están acreditados, sin que sea dable esgrimir como defensa, el que debía ser vinculado al proceso ordinario laboral donde se definió el derecho prestacional, pues de haberse vinculado al proceso, la decisión frente a tal entidad es eminentemente declarativa, y así lo ha decantado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la SL1539-2020, y SL2843-2020 de la siguiente manera:

"Como consideraciones de instancia, se ha de señalar que el seguro previsional de invalidez y sobrevivientes es para el colectivo de afiliados a una Administradora de Pensiones, la que actúa como tomadora por cuenta de

éstos; el amparo de la póliza se extiende de manera automática al afiliado con la afiliación a la administradora de pensiones.

El objeto del aseguramiento es definido por la ley, y como imperativo que es, se reproduce en las pólizas de seguros con las que se formaliza el vínculo de aseguramiento previsional, y consiste en garantizar la existencia de capital suficiente para financiar la pensión de invalidez o de sobrevivientes que se causa a favor del afiliado o de sus beneficiarios, esto es del valor actual de la pensión de referencia respectiva, integrándolo con la suma adicional que le falta al acumulado por aportes obligatorios y bono pensional si lo hubiere, en la cuenta de ahorro individual. (...). (Subrayado de la Sala).

En el mismo hilo conductor, la sentencia SL6030-2017, adocina:

"[...] la responsabilidad que adquiere la aseguradora se limita simple y llanamente a cubrir la suma adicional que hiciere falta para completar el capital necesario en aras de acceder a la pensión pretendida, en tanto que ese es el objeto del aseguramiento. De ahí que la eventual condena respecto de la compañía de seguros que ha sido llamada en garantía al proceso por virtud del seguro previsional contratado, es eminentemente declarativa, y en consecuencia, su materialización está supeditada a los precisos términos de la respectiva póliza que suscribieron las partes."

De todo lo expuesto, ante la contundencia clara y concreta por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es menester despachar de manera desfavorable la alzada propuesta por AXA COLPATRIA S.A.

Ahora, en cuanto a la indexación ordenada se confirmará tal condena pues la AFP PORVENIR S.A. procedió a reconocer al afiliado la prestación en los términos legales ordenados, y posteriormente reclamó ante la aseguradora la suma adicional de conformidad con la póliza No 007 de 2002 suscrita entre las partes, sin que resulte ajustado a derecho la negativa esgrimida por la aseguradora, razón más que suficiente para la prosperidad de la indexación, aunado a que, los dineros que pueden corresponder por sumas adicionales sufrirán los efectos de la devaluación de la moneda por el paso del tiempo, siendo procedente la indexación desde abril de 2018 (fecha del reconocimiento pensional por parte de PORVENIR S.A.) hasta el momento en que se haga efectivo el pago de la obligación por parte de AXA COLPATRIA S.A..

En lo atinente al reproche de la parte demandante, de que se debe extender la obligación de la aseguradora a los intereses moratorios que reconoció al afiliado, cumple acotar que tal petición esta llamada al fracaso, pues en lo que respecta a la póliza No 007 del 1º de enero de 2001, su cobertura solo es para sumas adicionales que financian la pensión de invalidez y sobrevivientes, naturaleza de la cual no se puede extender a los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, pues ni de asomo podría catalogarse que los condignos intereses financian la prestación reconocida, pues aquellos se causaron a cargo de la AFP ante la tardanza en el reconocimiento pensional.

Finalmente, como no hay más puntos objeto de apelación, no queda otro camino para la Sala que confirmar la sentencia de primer grado, de conformidad con las consideraciones atrás vertidas.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia ya que ambas partes fueron recurrentes y no les prosperó el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las costas de primera instancia se confirman.

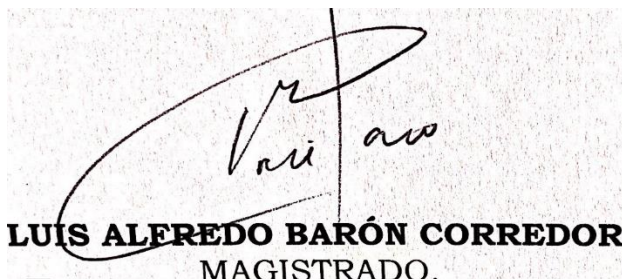
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.
(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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **GLORIA ENAIDA RAMÍREZ RODRIGUEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES- AFP PORVENIR S.A.- AFP**
PROTECCIÓN S.A. (vinculada)
RADICACIÓN: **1100131050-12-2017-00660-01**
ASUNTO: **APELACIÓN SENTENCIA**
TEMA: **INEFICACIA TRASLADO CON PENSIÓN**

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a los Drs. NELSON SEGURA VARGAS y ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificados en legal forma, como apoderados sustitutos de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, respectivamente, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. GLORIA ENAIDA RAMÍREZ RODRIGUEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR con el fin de que se declare la anulación de la afiliación al RAIS. Como consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. para que el capital y los rendimientos financieros acumulados por la demandante dentro del RAIS sean trasladados hacia el RPMPD. Que se ordene a Colpensiones a recibir dicho capital y rendimientos financieros en forma de semanas cotizadas y se contabilicen válidamente dentro de su historia laboral, como si aquella persona nunca se hubiera cambiado de régimen de pensión. Que se ordene a Colpensiones para que luego del retorno de la demandante al RPMPD, le reconozca y pague una pensión de vejez. Finalmente, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y se le condene a la demandada AFP Porvenir al pago de las costas del proceso (fol. 6 y ss.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 5 de agosto de 1958; que se afilió al RPMPD el 22 de septiembre de 1980 hasta el 1 de noviembre de 1996; que mientras estaba al servicio de la empresa Talleres de Mecánica I Klein y Cia Ltda., fue contactada y abordada por un funcionario de la AFP Colmena hoy AFP Porvenir, con el argumento que el ISS iba a entrar en banca rota y que por tanto dejaría a sus

afiliados sin posibilidad de pensionarse en el futuro; que el representante de la AFP Colmena le prometió que al llegar a la edad de jubilación, con seguridad obtendría una mesada pensional superior a la que pudiera obtener con el ISS; que a la demandante nunca se le informó de manera clara, completa y por escrito, las consecuencias del cambio de régimen pensional; que la AFP Colmena hoy Porvenir S.A faltó al deber profesional y especializado de informar objetivamente a su futuro afiliada, las ventajas y desventajas de elegirlo; que en efecto la pensión a que tendría derecho la demandante en el ISS hoy Colpensiones sería de \$2.403.342, mientras que la pensión a que va tener derecho en el fondo privado es de tan solo \$1.002.524 ocasionándole un grave e injustificado detrimento patrimonial; que la demandante solicitó el traslado de régimen, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol.59); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante de manera libre y voluntaria tomó la decisión de traslado, que la afiliada estaba facultada para renunciar voluntaria y autónomamente de la afiliación. Señaló que al recibirla nuevamente se generaría un detrimento patrimonial a Colpensiones. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y declaratoria de otras excepciones (fol. 60 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Dio respuesta a la demanda señalando que no se encuentra probada la inexistencia del consentimiento informado, que por el contrario se evidencia que la voluntad fue expresada por la accionante con su propia firma al diligenciar el formulario de afiliación, dejando constancia expresa que su decisión de vinculación a la entidad fue informada, libre, voluntaria y espontánea, al punto que solo cuando le faltaban menos de 10 años para pensionarse, manifestó su interés de realizar un nuevo traslado. Que la actora no reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez dentro del RPMPD, que no se aportan elementos de juicio que permitan invalidar su actual afiliación. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al RAIS, inexistencia de vicio de consentimiento, inexistencia de la obligación que se reclama y la genérica (fol. 110 y s.s.).

5. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. Se opone a la prosperidad de las pretensiones señalando que la afiliación es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación. Que la manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños. Que la demandante se encuentra a menos de 10 años para pensionarse por lo que se encuentra inmersa en la prohibición del literal e) del artículo 2 de la ley 797 de 2003 para trasladarse nuevamente de régimen pensional. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, 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, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (CD. fol. 145).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de febrero de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizada AFP Colmena hoy Protección de fecha 1° de noviembre del año 1996, y la subsiguiente con la AFP Horizonte hoy Porvenir de fecha 28 de julio de 2006. Ordenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar el valor de saldos aportes y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante con destino a Colpensiones, junto con los gastos de administración cobrados desde el año 2006 hasta la fecha. Ordenó a Protección a devolver los gastos de administración con destino a COLPENSIONES, desde el año 1996 hasta el año 2006. Ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de saldos, aportes y rendimientos ordenados, siendo beneficiaria del régimen de transición. Condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de pensión de vejez a favor de la demandante, en cuantía inicial a partir del 1° de mayo de 2019 de \$2.770.584.01. Ordenó a Colpensiones a pagar el retroactivo pensional a partir del 1° de mayo de 2019, con sus correspondientes reajustes sobre 13 mensualidades pensionales al año, autorizando a Colpensiones hacer la deducción respectiva para el pago de los aportes en salud. Declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

La decisión del Juez se basó en que acoge la postura de la CSJ, que se debe estudiar desde la ineficacia en virtud de lo previsto en la sentencia SL 4360 del año 2019. Así mismo, que el consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, toda vez que se debe acreditar un consentimiento debidamente informado, que la carga de la prueba le correspondía al fondo de pensiones. Que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y cumple su condición de edad en el año 2013. Que la causación de la pensión se da a partir de la desafiliación o desde la última cotización al sistema, esto es desde el día 1 de mayo del año 2019. Que haciendo uso de las facultades extra petita, la pensión se liquidará teniendo en cuenta la tasa de reemplazo de los artículos 19 y s.s. del acuerdo 049 de 1990, en total de un 90% y no con base en el artículo 9° de la Ley 797 del año 2003 como fue solicitado en la demanda. Finalmente, ordenó la devolución de los gastos de administración, en razón que no se aportó prueba alguna de la gestión de los mismos.

7. Impugnación y límites del ad quem.

7.1. Recurso de apelación AFP PROTECCIÓN S.A. Interpuso recurso de apelación únicamente en relación con los gastos de administración, argumentando que de acuerdo al artículo 1746 C.C. y el Decreto 3995 del 2008, en su artículo 7°, se establecen los conceptos que deben ser trasladados hacia Colpensiones o entre administradoras cuando se realiza un cambio de régimen pensional, entre los cuales se han delimitado los aportes, los rendimientos financieros y los conceptos descontados para garantía de pensión mínima.

7.2. Recurso de apelación AFP PORVENIR S.A. Impugnó la decisión señalando que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicados en el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 del año 1993, toda vez que ningún otro valor está destinado a financiar la prestación de la afiliada. Que ordenar pagar valores adicionales como las cuotas de gastos administración, configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de un tercero. Así mismo, señalo que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto del 17 de enero de 2020 ha indicado que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual de la afiliada, sin que proceda la devolución de

la prima de seguro provisional, en razón a que la compañía aseguradora cumplió con la cobertura durante la vigencia de la póliza.

Preciso que los gastos de administración, no son valores que pertenezcan a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, los cuales no financian la prestación de vejez, ni tampoco son parte integrante de ella. Por tanto, no están sujetos al fenómeno de la prescripción. Adujo que la actora se encuentra válidamente afiliada. Indicó que de acuerdo con el interrogatorio de parte surtido por la actora, le brindaron la información en dos oportunidades, en el año 1996 cuando acudió a la AFP Colmena y con posterioridad se trasladó a la AFP Porvenir. Que a pesar que en el expediente del proceso no reposa formulario de afiliación, esto no quiere decir que no exista, que esta información se pudo ratificar con el interrogatorio de parte rendido por la actora.

Adujo, que la información que se brindó a la demandante fue conforme a los parámetros de la Superintendencia Financiera y a las exigencias que tenían las AFP al momento de la afiliación en el año 1996. Que con posterioridad realiza un traslado horizontal y continúa con las mismas características, que tenía bastos conocimientos de las características del RAIS de acuerdo con el interrogatorio de parte, ratificando la información suscrita en el formulario de afiliación que suscribió en el año 2006.

Finalmente, señalo que de acuerdo a la CSJ, frente los traslados horizontales entre AFP, presupone un conocimiento de la persona, respecto al funcionamiento del RAIS, y que su intención al suscribir el formulario de afiliación es continuar y aceptar las características que le otorga en ese momento este régimen pensional.

8. Alegatos Decreto 806 de 2020

8.1 Alegatos AFP PORVENIR. Señala que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz. Que la afiliada recibió información suficiente y que nunca se preocupó por conocer aspectos para él relevantes, pese a los diferentes canales de atención con que contaba PORVENIR S.A. Que no proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.

8.2. Alegatos COLPENSIONES. Aduce que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada el cual suministro la información veraz y completa a cerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aporte en pensión.

8.3. Alegatos PROTECCIÓN S.A.: Manifiesta que en caso de confirmar la ineficacia del traslado, no es procedente la devolución de los gastos de administración, ya que son descuentos efectuados por disposición legal, se generaron rendimientos, además se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES; igualmente que frente a estos conceptos opera la prescripción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuesto por la AFP PROTECCIÓN y la AFP PORVENIR se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios** (i) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (ii) ¿La falta de información se sana con el traslado entre diferentes AFP del RAIS? (iii) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? Y de **manera consecencial**, en caso positivo, se determinará (i) ¿Le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la actora en virtud del régimen de transición y con aplicación del Acuerdo 049 de 1990?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Gloria Enaida Ramírez Rodríguez cotizó al ISS desde el 22 de septiembre de 1980 hasta el 31 de octubre del año 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 25); que en noviembre de 1996 la demandante se afilió a la AFP Colmena hoy Protección y posteriormente se traslada en julio de 2006 a la AFP Porvenir conforme a la historia laboral expedida por la AFP Porvenir (fol. 32 y s.s.), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la demandante.

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP PROTECCIÓN S.A. y la AFP PORVENIR S.A lo cual no fue objeto de alza por ninguna de las partes.

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los riesgos que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que, no le corresponda a la afiliada sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que la misma fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de suministrar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso desanimar a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994 a 2001- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

No es cierto como lo señala la apoderada de la AFP PORVENIR, que con el interrogatorio de parte absuelto por la actora se logra establecer que se le brindó la información necesaria al momento del traslado, como quiera que lo único que menciona la señora **Gloria Enaida Ramírez Rodríguez** es que le dijeron que en el RAIS se podía pensionar antes que en el ISS, que en cualquier momento le podían devolver los dineros de su cuenta individual y que el RAIS era la mejor opción porque el ISS se iba a liquidar, lo cual no es suficiente en los términos señalados por la jurisprudencia de la CSJ.

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N° 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N° 33.083 del 2011, que por la Doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso,

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, las AFP si estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

Saneamiento de la ineficacia ante el traslado de diferentes AFP dentro del RAIS

En relación con el asunto que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado de la afiliada entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que la demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se vio, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda a la destinataria su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia de información.

Devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por las apoderadas de las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR, pues es claro que la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, debe proceder de sus propias utilidades, como acertadamente lo indicó el a quo en sus consideraciones, como consecuencia de la omisión al no brindar la información requerida a la demandante al momento del traslado. Siendo necesario precisar que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Reconocimiento pensional

Para resolver este punto, baste con traer a colación la sentencia SL1688 del 8 de mayo de 2019, en la que la Corte expresó que al declararse la ineficacia del traslado: *"implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida y, por tanto, no perdió los beneficios del régimen de transición"*.

Ahora, colige la Sala que la demandante es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues si bien no contaba con más de 15 años de servicios cotizados, en la medida en que solo acredita aproximadamente 600 semanas (fol. 25), lo cierto es, que al 01 de abril de 1994 acreditaba 36 años de edad (fol. 24), y por lo tanto, es beneficiaria del régimen de transición, igualmente, es necesario precisar que siguió conservando el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, ya que acredita con creces más de las 750 semanas requeridas por el Acto Legislativo 01 de 2005 (fol. 32).

Normatividad aplicable Acuerdo 049 de 1990- Decreto 758 de 1990

Bajo los anteriores parámetros, para la Sala fuerza concluir que la normatividad que le es aplicable a la demandante es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758

del mismo año, aspecto que no representa mayor discusión en esta instancia, en razón a que la demandante fue trabajadora del sector particular, venía cotizando al ISS, desde el 22 de septiembre 1980, y es por ello que nos debemos remitir a los requisitos para acceder a la pensión instada sobre edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional establecidos en los arts. 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año.

Así entonces, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia, la demandante cumple con los requisitos para acceder a la misma al amparo del Acuerdo 049 de 1990, como quiera que cumplió los 55 años el 6 de agosto de 2013, pues nació el mismo día y mes del año 1958, según da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía, visible a folio 24, fecha para la cual, contaba con más de 1000 semanas cotizadas, pues ya para el mes de julio de 2006, fecha en la que se trasladó de PROTECCION S.A. a PORVENIR S.A., contaba con 1.190 semanas (Fol. 32), luego, la actora causó su derecho pensional desde el 06 de agosto de 2013.

Respecto del ingreso base de liquidación, debe observarse el procedimiento contemplado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, calcularlo con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años o de toda la vida laboral, el que le resulte más favorable, por tener la actora más de 1250 semanas de cotización, al que luego debe aplicarse el porcentaje de qué trata el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, para establecer la tasa de reemplazo; no obstante, como en el sub lite el a quo estableció que el más favorable fue el de los últimos 10 años, y tal punto no fue objeto de alza por la parte actora, la Sala solo revisará el IBL de los últimos 10 años.

Ello así, en el sub examine, al aplicar dicha fórmula, teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años, se obtiene una suma de \$3.078.426, igual al que liquidó el a quo, valor que se mantendrá como IBL.

Excepción de prescripción pensión de vejez

Ahora, como COLPENSIONES propuso la excepción de prescripción, hay lugar a estudiar dicho medio exceptivo, tal como lo establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esto es, que el término de prescripción de las acciones laborales es trienal, contados a partir de que la obligación se hizo exigible, la que se puede interrumpir presentando la condigna reclamación por escrito.

En el *sub examine*, previo a la interposición de la demanda no se evidencia reclamación del derecho pensional, razón por la cual se tendrá como tal la presentación de la misma, el cual aconteció el 20 de octubre de 2017 (fol. 56), y, como quiera que el disfrute de la pensión es desde su última cotización, 1 de mayo de 2019, es claro que entre una y otra fecha no se superó el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, lo que lleva a declarar no probada este medio exceptivo, tal como acertadamente lo hizo el a quo.

Actualización de la condena

Ello así, de conformidad con el artículo 283 del CGP que establece que la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizadas las operaciones matemáticas por concepto del retroactivo pensional objeto de condena correspondiente a las mesadas causadas entre el 01 de mayo de 2019 al 31 de mayo de 2021, se obtiene la suma de \$76.932.355, y a partir del 01 de

junio de 2021 Colpensiones deberá cancelar una mesada pensional de \$ 2.922.168, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional y sobre 13 mesadas pensionales, según lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005 por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011.

Se autoriza igualmente a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, como en la sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528.

COSTAS

En segunda instancia no se impondrá condena en costas. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEXTO** de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 09 de febrero de 2021, el cual quedará de la siguiente manera:

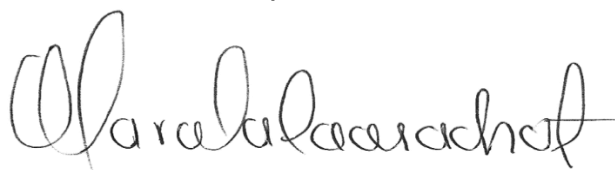
"SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora GLORIA ENAIDA RAMÍREZ RODRIGUEZ la suma de \$76.932.355 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 01 de mayo de 2019 y el 31 de mayo de 2021. A partir del 01 de junio de 2021, COLPENSIONES seguirá reconociendo a la demandante una mesada pensional equivalente a \$ 2.922.168 junto con la mesada adicional de diciembre de cada año, en lo sucesivo con los reajustes de que trata el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

Parágrafo.: Se autoriza a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, así como de las mesadas que se sigan causando, las cotizaciones que por mandato legal deben hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud".

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: EMILIO NEUSA RODRÍGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-02-2019-00158-01
ASUNTO: CONSULTA EN FAVOR DEL DEMANDANTE
TEMA: INCREMENTO DEL 14%

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. EMILIO NEUSA RODRÍGUEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se le reconozca y pague el incremento del 14% por cónyuge cargo, que se reconozca por 14 mensualidades al año, con sus incrementos anuales correspondientes, que se pague en forma retroactiva dichos incrementos pensionales sobre la pensión mínima legal vigente, desde la fecha en que se le concedió la pensión de invalidez, junto con la indexación de los incrementos adeudados, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fol. 13 y s.s. subsano fol. 30).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que contrajo matrimonio católico con la señora Marina María Castiblanco de Neusa el día 22 de diciembre de 1963; que el vínculo matrimonial ha continuado de forma ininterrumpida; que el demandante es quien provee el sustento para su esposa quien no tiene trabajo remunerado, ni recibe renta o pensión alguna y se dedica a las labores del hogar; que le otorgada la pensión de vejez por el ISS hoy Colpensiones mediante resolución No 018076 del 1 de octubre de 1997; que le fue concedida la pensión de acuerdo al artículo 12 del Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición; que solicitó el incremento deprecado a Colpensiones, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 34); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando a que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo incrementos establecidos por el decreto 758 de 1990, perdieron vigencia, desapareciendo de la vida jurídica, pues la citada ley no contempla dichas prestaciones, ni mucho menos las incluyó dentro de aquellas que

conservan vigencia con posterioridad a la entrada en vigor de la misma. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, inaplicabilidad del decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por régimen de transición, buena fe, prescripción, nulidad de sentencia SU 310 de 10 de mayo de 2017 por medio de auto 320 de 2018, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica. (fol. 35 y s.s. subsano fol. 80)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de enero del 2021, en la que el fallador de primera instancia negó las pretensiones de la demanda incoadas por el demandante y en consecuencia absolvió de las mismas a COLPENSIONES, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación. Condeno en cosas a la parte demandante (fol. 123 y s.s.)

Como sustento de su decisión indicó que acoge la postura de la Corte Constitucional establecida en la sentencia SU 140 de 2019, en virtud de la cual los incrementos por personas a cargo fueron orgánicamente derogados por la Ley 100 de 1993, que en todo caso no tiene aplicación sobre los derechos adquiridos a la entrada en vigor de dicha norma, por lo tanto, como el actor adquirió su derecho pensional en el año 1997, ya no se encontraba en el régimen anterior y por ende no le asiste el derecho a este incremento.

5. Alegatos de conclusión: Estando en la oportunidad legal no se presentaron alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes? En caso afirmativo, ¿El demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario y los mismos se encuentran prescritos?

VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 21 DEL ACUERDO 049 DE 1990

En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez** se **incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dativa legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se depende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que, de no haber existido, el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de

quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompañarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuentan con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario**, pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

RESPECTO DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

CASO CONCRETO

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del señor Emilio Neusa Rodríguez, a quien se le reconoció una pensión de vejez mediante la Resolución 018076 de 1997, a partir del 1 de octubre 1997 (fol. 11 y ss.), por ser beneficiario del régimen de transición y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa, siguiendo los derroteros expuestos, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, como acertadamente lo señaló la entidad en mención en sus alegatos de conclusión.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de enero del 2021, por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

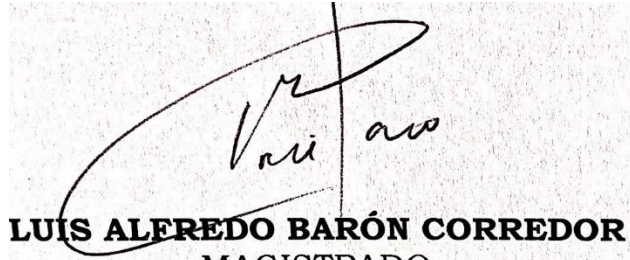
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Salva voto



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-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-