



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **PABLO EMILIO MONTERO SUÁREZ** en contra de la **A.F.P. PROTECCIÓN S. A.**

EXP. 11001 31 05 005 2018 00139 01

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida dentro de audiencia virtual celebrada el 1.º de julio de 2020, por el Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a la demandada a reconocer, liquidar y pagar a su favor la pensión de vejez, teniendo como fecha de causación el 1.º de julio de 2014, junto con el correspondiente retroactivo indexado, más los intereses corrientes y moratorios (f.º 57, 58).

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 1.º de julio de 1952, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 64 años de edad; que cotizó un total de 1670,42 semanas al Sistema General de Pensiones durante toda su vida laboral, en la cual prestó servicios a distintas entidades públicas y trabajó en calidad de independiente; el 1.º de febrero de 1995, se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad; que el 31 de julio de 2014 solicitó a la A.F.P. Protección S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pidiendo celeridad en el trámite el 11 de diciembre de ese mismo año.

Arguyó, que la entidad contestó el 18 de diciembre siguiente que se encontraba en proceso de reconstrucción de la historia laboral con la E.S.E. Hospital Diógenes Troncaso de Puerto Salgar; desde dicha data y como consecuencia del trámite administrativo entre Protección y la referida E.S.E., el estudio del trámite se ha dilatado sin obtener respuesta a sus múltiples peticiones, a pesar del fallo de tutela proferido el 2 de diciembre de 2015 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante el cual se amparó su derecho fundamental de petición; finalmente mediante oficio del 27 de julio de 2017 la A.F.P. Protección S.A. le informó que su trámite sería suspendido por la imposibilidad de definir la prestación económica hasta que se recibiera el reconocimiento y pago del bono pensional a

cargo del Departamento de Cundinamarca, y que debido a la demora ha padecido los embates de la pobreza (f.º 53-57).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 20 de abril de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 69), quien contestó con oposición a las pretensiones argumentando que al no tener certeza del bono pensional a cargo de la E.S.E. Hospital Diógenes Troncoso, no le es posible determinar si al demandante le asiste el derecho pensional solicitado, y propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa, inexistencia de la obligación, buena fe y compensación (f.º 77-88).

Mediante auto del 14 de mayo de 2019, se ordenó integrar el contradictorio por pasiva con la Empresa Social del Estado Hospital Diógenes Troncoso y, en consecuencia, se ordenó su notificación y traslado de la demanda (f.º 130), entidad que contestó sin oponerse a las pretensiones por considerar que es derecho del demandante reclamar su pensión a la A.F.P. Protección S.A.; razón por la que propuso como excepción de mérito la de falta de legitimación en la causa por pasiva (f.º 190-193).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 141, 142).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 1.º de julio de 2020, condenó a la A.F.P. demandada a pagar al actor una pensión de vejez a partir del 6 de marzo de 2015, junto con

los reajustes legales y la mesada 13 adicional, y en caso de que el capital acumulado por el afiliado no sea suficiente, deberá reconocer la garantía de pensión mínima; en ambos casos, ordenó el pago de los intereses moratorios, a partir de la misma fecha y hasta que se haga efectivo el pago de la prestación.

Asimismo, la condenó al pago de 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daño moral; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas con anterioridad al 6 de marzo de 2015; absolvió a la E.S.E. Hospital Diógenes Troncoso de Puerto Salgar, e impuso costas a cargo de Protección S.A., a favor tanto del demandante como del Hospital Diógenes Troncoso.

En lo que interesa a la alzada, motivó la decisión en que el actor cumplió 62 años el 1.º de octubre de 2014, y que cuenta con un bono pensional de \$160.000.000 y un saldo en su cuenta de ahorro individual de \$65.000.000; sin embargo, al solicitar el reconocimiento pensional, Protección ha manifestado de manera recurrente que se encuentra realizando la reconstrucción de la historia laboral por un periodo de dos meses, del que no ha recibido el bono pensional de parte de la E.S.E. Hospital Diógenes Troncoso, lo cual va en contravía de lo señalado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, máxime cuando esos dos meses no representan un monto que genere cambios significativos en la prestación.

De conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los intereses moratorios son procedentes a partir del 6 de marzo de 2015, por cuanto también se ven afectados por la prescripción, además la demandada negó en forma sistemática el reconocimiento de la pensión de vejez, con argumentos poco sólidos a pesar del dinero existente en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En uso de la facultad *extra petita*, también ordenó el pago de perjuicios por daños morales al tenor de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en razón a que el estado de pobreza económica manifestado por el demandante en el libelo se encuentra acreditado con las constantes comunicaciones que remitió a la demandada en las que manifestó las dificultades que sufría debido a la falta de reconocimiento de la prestación durante años, sin que existiera razón para haber sido negado por parte de la accionada, con la angustia en la falta de atención médica; pero advirtió que no hubo daño patrimonial, en la medida en que luego de haber elevado la reclamación para el reconocimiento de su pensión, logró operar una papelería con la cual obtuvo unos ingresos.

En cuanto a las costas, consideró que deben ser ejemplarizantes, y de esa forma, impuso como agencias en derecho a cargo de Protección S.A., la suma de 10 salarios mínimos a favor del demandante y 5 salarios mínimos a favor del Hospital.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Protección S.A., atacó la sentencia de primera instancia en los aspectos relacionados con la condena al pago de intereses moratorios, indemnización por concepto de daños morales y pago de costas, así:

En lo que refiere a los perjuicios morales, sostuvo que no existe prueba documental con la que se verifique que realmente se le está causando algún perjuicio al demandante, máxime si se tiene en cuenta que en el interrogatorio de parte declaró que por un tiempo logró un ingreso superior al salario mínimo, mientras fungió como trabajador independiente.

En relación con el pago de los intereses moratorios, refirió que en ningún momento ha negado el reconocimiento pensional, sino que suspendió su estudio porque de conformidad con lo establecido en el artículo 68 de la Ley 100 de 1993, para reconocer una prestación de carácter económico se requiere tener en cuenta realmente cuál es el valor por concepto de bono pensional que se le otorgará al respectivo afiliado. Así las cosas, teniendo en cuenta que no se tiene conocimiento del valor del bono pensional, la A.F.P. no podía proceder a reconocer una pensión por cuanto no tiene certeza de cuál es el valor de la mesada pensional. Aunado a ello, actuó de manera activa y diligente con el fin de que la entidad para la cual el demandante prestó sus servicios se encargara de girar el bono pensional a la cuenta de ahorro individual de titularidad de aquel. También, se debe tener en cuenta que cada vez que el demandante elevó solicitudes, le fueron contestadas por Protección S.A.

En cuanto a las costas, solicitó tener en cuenta que, como las mismas están atadas a la condena global y al haber impugnado los perjuicios morales y los intereses moratorios, al no haber derecho al pago de los mismos, el monto de las agencias en derecho debería disminuir. Adicionalmente, considera improcedente la condena en costas a favor del Hospital, en la medida en que la E.S.E. no ha tenido una actuación diligente en el trámite de reconocimiento pensional del actor.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico verificar si son procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y los perjuicios por daños morales por el no reconocimiento de la pensión, en favor

del demandante. Así mismo, se estudiará lo atinente a la condena en costas impuesta a Protección S.A.

No fue objeto de impugnación la condena al reconocimiento pensional que fue ordenado por el juez de primera instancia, tras considerar que las disposiciones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 son claras en establecer que *«Los Fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte»*.

Sin embargo, sí cuestiona la demandada la condena por intereses moratorios, bajo el argumento de que en ningún momento ha negado el estudio o reconocimiento de la prestación solicitada por el actor; sino que, en virtud de las disposiciones del artículo 68 de la misma ley, debió suspender el trámite de reconocimiento, pues dicha norma le impone conocer el valor real de los bonos pensionales, previo a realizar un pronunciamiento respecto del derecho pensional.

La interpretación de la disposición legal por parte de la A.F.P. Protección S.A. es ciertamente errada. El artículo 68 de la Ley 100 de 1993, no hace más que enunciar las fuentes de financiación de la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Es cierto, que para pronunciarse respecto sobre el reconocimiento pensional el fondo debe realizar un cálculo de los recursos contenidos en dichas fuentes de financiación, pero, como lo adujo el *a quo*, dos meses de cotización en duda, no generan un impacto tan grande como para impedir a la demandada realizar dicha operación aritmética.

Ahora bien, las disposiciones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 son suficientemente claras al referir que los fondos no podrán aducir la no expedición del bono pensional, para excusarse del estudio o del reconocimiento pensional, y aunque dicha norma se encuentra en el título relacionado con temas del régimen de prima media con prestación definida, la Corte Constitucional en sentencia C-1024-2004 declaró exequible la expresión “fondos”, entendiendo que la misma se refiere tanto a la administradora del régimen de prima media como a las del régimen de ahorro individual con prestación definida.

Ante ese panorama, y teniendo como presupuesto fáctico que a lo largo del trámite administrativo del reconocimiento pensional no existió argumento distinto al de la necesidad de contar con el pago del bono pensional al cargo del Departamento de Cundinamarca por el periodo laborado en la E.S.E. Hospital Diógenes Troncoso (f.º 91, 93-94, 109-110, 114-115; 117-118), es evidente la procedencia de los intereses de mora a los cuales fue condenada la recurrente, ante el incumplimiento del deber que tenía la A.F.P. de pronunciarse respecto del reconocimiento del derecho solicitado y la omisión de la prohibición de excusarse en el no pago del respectivo bono.

Es que la falta de entrega del bono pensional, no es óbice para negar el derecho reclamado, pues la A.F.P. tiene el deber legal e ineludible de adelantar los procesos de solicitud de emisión y pago de los bonos pensionales, sin que el administrado pueda sufrir en modo alguno las consecuencias negativas de los trámites interadministrativos para obtener su pensión (CSJ SL510-2013, STL11099-2015, SL12709 y STL16953 ambas de 2016, STL893-2017, STL5524 y STL6261 ambas de 2018); de modo que, se **CONFIRMARÁ** el fallo en lo que respecta a la imposición de los intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas.

Ahora bien, en cuanto a la condena por perjuicios morales, sostiene la recurrente que no existe prueba documental que acredite la real causación de dichos perjuicios, por lo que no son procedentes, máxime cuando el propio demandante al absolver el interrogatorio de parte decretado de oficio manifestó que por un tiempo logró un ingreso superior al salario mínimo.

Al respecto, lo primero por decir es que el recurrente está confundiendo el perjuicio moral con el daño material. El primero, ha sido entendido como aquellos sentimientos de dolor, desespero o congoja que afectan a la persona como consecuencia del daño causado; en tanto, el segundo, es la afectación en el patrimonio de la persona, esto es, lo que deja de percibir o lo que sale de su peculio.

En tal sentido, si bien el actor efectivamente afirmó que con posterioridad a haber reclamado a la A.F.P. demandada por primera vez el reconocimiento y pago de su pensión, logró montar una papelería que le generaban como ingresos un valor superior al salario mínimo, esto en realidad desvirtúa la existencia de perjuicios materiales durante el tiempo que estuvo en servicio dicho establecimiento comercial, tal y como lo advirtió el *a quo*.

Es natural, y obvio que en una persona con título profesional que a los 62 años ha cotizado por muchos años al subsistema general de pensiones (desde 1976) y tiene la convicción de haberse hecho merecedor del derecho a la pensión, se generen sentimientos de preocupación y zozobra, al no recibir ninguna respuesta por parte de la administradora de fondos de pensiones a la cual se encuentra afiliado. Ello, sumado a que la preocupación manifestada por el demandante en su escrito de demanda, así como en los distintos escritos que presentó ante la administradora de pensiones (f.º 11, 14),

es suficiente para acreditar la existencia del perjuicio moral ocasionado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia la estimación de tales perjuicios es del arbitrio del juez y que no requieren prueba alguna (CSJ SL887-2013, SL16367 y SL3784 ambas de 2014, SL5619-2016 y SL1525-2017), se confirmará en este punto la providencia apelada, pues de ninguna manera lucen irracionales los argumentos en los que se basó el *a quo* para su imposición.

Finalmente, en lo que respecta a la condena en costas, se debe advertir por una parte, que al tenor de lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, la parte vencida en el proceso debe ser condenada en costas, por lo que ineludiblemente, Protección no puede ser exonerada del pago de las mismas dada la confirmación de la sentencia en los otros puntos impugnados; sin embargo, esta Sala de Decisión resulta inhabilitada en este momento procesal oportuno para efectos de pronunciarse acerca de la cuantía impuesta como agencias en derecho, pues *«la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas»*.

Ahora, en lo que refiere a las costas en favor de la E.S.E. Hospital Diógenes Troncoso, la decisión será confirmada, debido a que la entidad fue vinculada al trámite por solicitud de la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., con base en que fue empleadora del demandante, que aparentemente no giró el bono pensional correspondiente por el tiempo que laboró a sus servicios, el demandante; no obstante, con base en la Certificación de períodos de vinculación laboral para bonos pensionales y pensiones – Formato n.º 1 que obra a f.º 195 y 196, y

que fue allegada con la contestación a la demanda de la E.S.E., quien de ninguna manera se opuso a lo pretendido en el libelo, se constata que al demandante se le descontó para seguridad social por parte de la mencionada E.S.E., entre el 3 de noviembre y el 31 de diciembre de 1976, y se giraron lo respectivos aportes al Fondo de Prestaciones Sociales del Hospital, sustituido por el Fondo Pasivo de Prestaciones del Sector Salud, con contrato de concurrencia n.º 0204-2001 con la Nación y el Departamento, de ahí que siga siendo obligación exclusiva de la A.F.P. adelantar los procesos de solicitud de emisión y pago del bono pensional correspondiente.

Sin costas en esta instancia dadas las resultas de la decisión.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

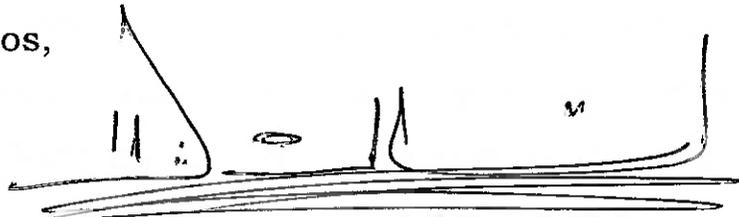
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el 1.º de julio de 2020, por el Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de este proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

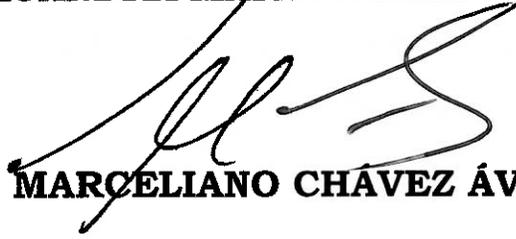
Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the end.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, featuring a large, sweeping initial 'A' followed by a horizontal line.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, with a large, stylized initial 'M' and a long horizontal stroke.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUZ STELLA RUEDA CADENA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 005 2019 00360 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 18 de agosto de 2020, por el Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de su traslado del R.P.M. al R.A.I.S. administrado por PORVENIR S.A., efectuada el 27 de diciembre de 1999, así como su posterior afiliación a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., por lo que su única afiliación válida y vigente tendrá que ser la del R.P.M. administrado por COLPENSIONES; como consecuencia de lo anterior, se ordene las A.F.P. PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Para el efecto, manifestó que nació el 16 de enero de 1957; cotizó en el R.P.M. hasta el 27 de diciembre de 1999, fecha en la cual realizó traslado de régimen pensional a la A.F.P. PORVENIR S.A.; que en tal oportunidad, el asesor de ésta A.F.P. le manifestó que el I.S.S. iba a ser liquidado, por lo que sus aportes se encontrarían en riesgo, que en el fondo privado podría pensionarse a más temprana edad y que el monto de su pensión sería mayor al que le otorgaría el I.S.S., sin embargo, no se le realizó proyección pensional que diera cuenta de lo anterior, ni se le manifestó el monto requerido para poder obtener su prestación de vejez, ni mucho menos, las consecuencias y desventajas que le acarrearía su traslado de régimen pensional. Finalmente, indicó que el 7 de mayo de 2001, se afilió a SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., donde tampoco le brindaron una información clara, precisa y suficiente, que le hubiese permitido tomar la mejor decisión respecto de su perspectiva pensional.

Señaló, que el 12 de diciembre, reclamó administrativamente a las entidades demandadas, solicitando la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero la petición fue negada por cada entidad (f.º 79-105).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 25 de julio de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 109).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no se encuentran probados los respectivos vicios del consentimiento, tales como, error, fuerza o dolo; además de ello, dentro de las solicitudes de vinculación no existe anotación alguna de protesto o inconformidad, razón por la cual, se encuentran sujetas a derecho.

Propuso como excepciones de mérito, las denominadas inexistencia del derecho reclamado, ratificación de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad - traslado de PORVENIR S.A. a PROTECCIÓN S.A. (confesión de la parte demandante), falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica (f.º 113 - 125).

PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, toda vez que, la demandante, de manera libre y voluntaria, suscribió la solicitud de vinculación a través de la A.F.P. SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., en la cual no obra constancia de situación anómala o de constreñimiento, ni se advierte algún error, fuerza o dolo que vicie el consentimiento de la actora. Adicionalmente, los asesores de las A.F.P.'s absorbidas por PROTECCIÓN S.A. fueron

diligentes al brindar la información verbal a la accionante, respecto a las diferencias entre el R.P.M. y el R.A.I.S. en lo que concierne a la modalidad pensional, el cambio de la mesada pensional, y demás aspectos relevantes, para que al demandante estuviera bien informado para adoptar su decisión de suscribir el formulario de afiliación.

Propuso como excepciones de mérito, las que denominó declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la A.F.P., buena fe por parte de la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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 excepción genérica del artículo 282 del C.G.P. (f.º 155 - 162).

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda, en la medida que la demandante, al momento de suscribir el formulario, lo hizo de manera libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal por parte de ésta A.F.P. con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional; sumado a que la demandante no allega prueba de las razones en que funda la existencia de vicios del consentimiento.

Formuló las excepciones de fondo, la de prescripción, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (f.º 192 - 215).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 110).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 18 de agosto de 2020, declaró la nulidad del traslado del R.P.M. al R.A.I.S. efectuado por la demandante a través de PORVENIR S.A.; como consecuencia de lo anterior, ordenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas, junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES, a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral. Así mismo, le indicó a COLPENSIONES que al momento de resolver cualquier solicitud de reconocimiento pensional, deberá tener en cuenta que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, y por tanto, deberá aplicarle la norma más favorable; finalmente, condenó en costas a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, para que se revoque en su totalidad la decisión del a quo, la cual declaró la nulidad de traslado de la aquí demandante e impuso costas a ésta A.F.P.

Adujo, frente a la nulidad de traslado decretada, que de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, se puede concluir que la demandante sabía qué negocio jurídico estaba celebrando, ya que el demandante conocía las características del R.A.I.S., razón por la cual, se está en presencia de un error de derecho, el cual no vicia el consentimiento.

Agregó, que de acuerdo a lo establecido por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de los regímenes pensionales es cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte de los afiliados, más no, la fijación de un monto pensional determinado, por lo que, el no cumplimiento de una expectativa pensional, no frustra la validez de un negocio jurídico de traslado de régimen.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, a partir de la providencia emitida dentro del presente proceso, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá

como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente, por parte de las entidades aquí demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 16 de enero de 1957 (f.º 3); **ii)** que se cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el día 2 de febrero de 1976 (f.º 45); **iii)** que al 1.º de abril de 1994, tenía 561.11 semanas cotizadas al R.P.M. y una edad de 37 años (f.º 45-48); **iv)** que el 27 de diciembre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 5), y que, el 7 de mayo de 2001, se trasladó a SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A., donde actualmente se encuentra vinculada (f.º 6).

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación

respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda

el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de

manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

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

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

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –

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

En esta providencia, también se dijo:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una

descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folios 5 y 6, se avizoran los formularios que la demandante suscribió con la A.F.P. PORVENIR S.A., y SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., respectivamente, los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

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

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de

fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”¹

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”²

¹ CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

² CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la A.F.P. accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos las cotizaciones, rendimientos, frutos e intereses, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la

Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver las cotizaciones, rendimientos, frutos e intereses, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”³.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la A.F.P. PORVENIR S.A. el 27 de diciembre de 1999, y a SANTANDER S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 7 de mayo de 2001, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

³ SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

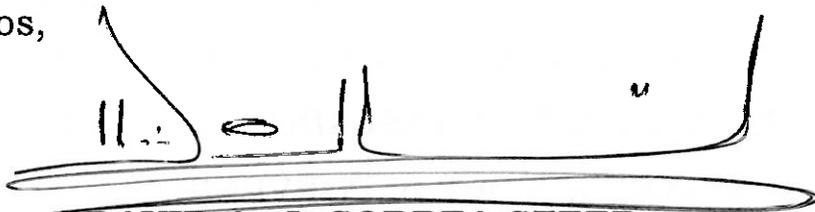
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de agosto de 2020, por el Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MANUEL ALFREDO ARÉVALO DELGADO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.**

EXP. 11001 31 05 005 2019 00593 01

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada y surtir el grado jurisdiccional de consulta en su favor, respecto de la sentencia proferida dentro de audiencia virtual, el 19 de junio de 2020, por el Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C..

Se tiene y reconoce al abogado Michael Cortázar Camelo, como apoderado sustituto de Colpensiones, de conformidad con las facultades otorgadas en el poder allegado.

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare que adquirió su estatus de pensionado el 14 de mayo de 2002; que se declare que como beneficiario de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo debido a la exposición a altas temperaturas, tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14, y como consecuencia de lo anterior, que se condene a la demandada al pago de la misma, junto con los intereses de mora conforme al artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1.º de marzo de 2008 (f.º 4, 5).

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que pertenece al régimen de transición por cuanto al 1.º de abril de 1994, contaba con más de 15 años cotizados, equivalentes a 1545 semanas, condición que le fue reconocida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia del 2 de febrero de 2009, proferido dentro del proceso n.º 2008-00438, en el que le reconoció el estatus de pensionado desde el 14 de mayo de 2002, fecha en la que cumplió 45 años de edad, para lo cual se dijo que la efectividad del derecho se presentaría una vez acreditara su desafiliación del sistema.

Señaló, que el mencionado fallo se encuentra en firme y para su cumplimiento, el Instituto de Seguros Sociales expidió la Resolución n.º 030878 del 14 de junio de 2009, ordenándose el pago de la pensión a partir del 1.º de marzo de 2008; en dicho proceso, no se discutió, ni se hizo mención a la mesada 14; en el año 2010, solicitó ante el Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio, pero mediante Resolución n.º 10897 del 28 de marzo de 2012, se negó la petición (f.º 5-6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 24 de octubre de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 37), quien contestó aceptando la totalidad de los hechos, pero con oposición a las pretensiones por considerarlas improcedentes, en tanto, el demandante devenga una pensión superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, no es viable el reconocimiento y pago de la mesada deprecada.

Añadió, que no proceden los intereses moratorios, en la medida en que ha venido pagando las mesadas a tiempo; propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación por incumplimiento de los requisitos legales, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, improcedencia de los intereses moratorios sobre las mesadas adicionales pretendidas, buena fe y prescripción (f.º 41-47).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 39, 40).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 19 de junio de 2020, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la mesada 14 *«a partir del mes de junio de 2017 y de ahí en adelante de forma vitalicia junto con los reajustes legales»*; más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas, liquidados desde el 4 de septiembre de 2019, hasta el momento en que se efectúe el pago, más las costas; y declaró parcialmente probada la excepción de

prescripción de las mesadas ocasionadas con anterioridad al 4 de septiembre de 2016.

Motivó la decisión, en que si al demandante le fue reconocido mediante providencia judicial dictada dentro del ordinario n.º 007 2008 00348, el estatus de pensionado desde el año 2002, no se entiende la interpretación que hizo la demandada del Acto Legislativo 01 de 2005, pues el mismo no afecta los derechos adquiridos, a pesar de que en este caso, la fecha de disfrute hubiese sido diferente a la de causación del derecho.

Declaró prescritas las mesadas adicionales causadas con anterioridad al 4 de septiembre de 2016, teniendo en cuenta que si bien reclamó la mesada adicional en el año 2012, no interpuso en tiempo la demanda, sino hasta el 4 de septiembre de 2019; de ahí, que también a partir de esa data se deban liquidar los intereses moratorios ordenados, por haberse demorado el demandante en poner en funcionamiento el aparato judicial. En cuanto a la condena en costas, las impuso a cargo de la parte vencida, indicando que hubo un desgaste innecesario de la administración de justicia.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada, solicitó la revocatoria total de la sentencia porque de conformidad con lo establecido en el inciso 8.º del Acto Legislativo 01 de 2005, aquellas personas a quienes el reconocimiento de la prestación supere los tres salarios mínimos, como ocurre con el actor, no tienen derecho a recibir la mesada 14, por haber recibido en el año 2008, un monto superior a dicho monto.

En cuanto a los intereses a que se refiere el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, refirió que no son procedentes por no encontrarse

la entidad en mora en el pago de las mesadas pensionales, pues se cancelaron todas las ordenadas en sentencia proferida el 2 de septiembre de 2009, por el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso 2008-00348; además, frente a este aspecto existe cosa juzgada en la medida en la que en ese juicio se absolvió a Colpensiones del pago de los mencionados intereses.

Por lo anterior, en relación con las costas, solicitó tener en cuenta que se ha cumplido a cabalidad con la sentencia del Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá, y por ende, no resulta ser un desgaste procesal.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, verificar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio, en consecuencia, al pago de los intereses moratorios a que refiere el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Asimismo, se verificará si es procedente la condena en costas en primera instancia.

No se discute en este asunto el derecho pensional del actor, pues el mismo, fue reconocido mediante providencia judicial proferida el 2 de febrero de 2009, por el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso 2008-00348, en la que se condenó a Colpensiones a reconocerle y pagarle la pensión especial de vejez, desde el momento en el que acreditara el retiro del régimen de seguridad social en pensiones (f.º 20-29).

Empero, según se lee en la parte considerativa del citado fallo, el demandante cumplió los requisitos para pensionarse al tenor de lo

dispuesto por los artículos 8.º del Decreto 1281 de 1994, 12 y 15 del Acuerdo 049 de 1990, el 14 de mayo de 2002, al cumplir los 45 años de edad, por haber prestado sus servicios en actividades de alto riesgo por exposición a altas temperaturas, durante casi 24 años a la Cristalería Peldar S.A., entre 1977 y el 2001, y un poco más de 8 años a la empresa Cristar, desde el 2001 hasta el 2009.

Así las cosas, y tal como lo entendió el juez de primera instancia, la discusión gira en torno a la interpretación que Colpensiones realiza de las disposiciones del Acto Legislativo 01 de 2005, en particular el inciso 8.º y el párrafo transitorio 6.º, que rezan:

«Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.

(...)

Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año».

Sin duda, la interpretación que la demandada hace de la norma es errada, pues si bien el párrafo condiciona el reconocimiento de más de 13 mesadas a aquellas pensiones causadas antes del 31 de julio de 2011, y cuyo monto de la mesada sea una suma equivalente a tres salarios mínimos o menos, tal condicionamiento está enmarcado en lo señalado en el inciso 8.º, el cual claramente indica que sus disposiciones aplican a quienes el derecho pensional se cause a partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, el 29 de julio de 2005, fecha de publicación en el Diario Oficial 45984 de ese mismo año.

Ello es así, entre otras cosas, porque es precisamente el acto legislativo en mención el que introduce en el artículo 48

constitucional, la garantía de los derechos adquiridos en materia de seguridad social.

En ese sentido, no es viable que como lo pretende la entidad recurrente, se aplique la mencionada restricción a una pensión que se causó en el año 2002, sin que tenga incidencia en ello que el derecho se haya reconocido a partir del 1.º de marzo de 2008, mediante la Resolución n.º 30878 de 2009, por ser el momento a partir del cual podía disfrutarse la prestación, luego de acreditarse el retiro del servicio, conforme lo establecen los artículo 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 (f.º 30-32).

Ahora bien, en lo que respecta a los intereses de mora, alega la apoderada de la entidad que existe cosa juzgada, dado que en la sentencia proferida por el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá se absolvió a la entidad de tal aspecto. No obstante, se debe tener en cuenta por una parte, que dicho despacho sólo podía pronunciarse respecto de las mesadas que para esa fecha se hubieran causado, pues no es posible establecer a futuro la mora de una obligación, y por otra parte, que en ningún aparte de dicha decisión se observa que el juez en aquella ocasión hubiera emitido pronunciamiento alguno acerca del número de mesadas anuales que debían reconocerse y pagarse al demandante, tampoco se observa ello, del contenido relatado en el capítulo de antecedentes de demanda y contestación.

De modo que, aun cuando Colpensiones fue exonerada en dicha sentencia, del reconocimiento de réditos, fue porque para la época de su expedición (2 de febrero de 2009), dentro de los medios probatorios recaudados dentro del proceso ordinario laboral n.º 007-2008-00348-00, no se había acreditado el retiro del servicio del demandante, con el fin de poder entrar a disfrutar la prestación con una fecha cierta.

Así, ante la declaratoria del derecho a la mesada 14, reclamada dentro del presente trámite y la inexistencia de decisión judicial al respecto, es viable ordenar el pago de los intereses moratorios causados a partir del 4 de septiembre de 2019, por ser esa la fecha de presentación de la demanda, decisión que se considera razonable por virtud de la prescripción declarada por el *a quo* tras verificar que a pesar de que la mesada adicional se reclamó en el año 2012, el demandante no interpuso en tiempo la demanda, sino hasta el 4 de septiembre de 2019.

Conforme lo expuesto, se **CONFIRMARÁ** la decisión apelada, incluida la condena en costas, pues es una consecuencia directa de quien es vencido en juicio, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, sin pasar por alto que la particular interpretación de Colpensiones, llevó al demandante a acudir nuevamente ante la jurisdicción para obtener el reconocimiento de su derecho, desgastando innecesariamente a la administración de justicia.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de junio de 2020, por el Juzgado 5.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'A. M. H. P.', written over a horizontal line.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. C. A.', written over a horizontal line.

MARCELIANO CHÁVEZ AVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **GILBERTO DE LAS MERCEDES APONTE SANTOS** contra **COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 007 2018 00143 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, respecto de la sentencia proferida el 22 de julio de 2020, por el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a COLPENSIONES, a reconocer y pagar el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, desde el mes de noviembre de 2015; así como también, al respectivo retroactivo e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que Colpensiones le reconoció la pensión de vejez mediante Resolución GNR n.º 296627 del 25 de septiembre de 2015; que a la fecha no ha sido reconocido el incremento aquí deprecado; que convive con su esposa, la Señora Lidy Janeth Celis Porras, quien no trabaja y depende económicamente de él.

Finalmente, indicó que solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de dichos incrementos pensionales el día 13 de septiembre de 2017, sin embargo, tal solicitud fue negada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Se admitió la demanda el 16 de marzo de 2018, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 35, expediente digital).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, con el argumento de que los incrementos pensionales reclamados fueron derogados con la expedición de la Ley 100 de 1993, aunado a ello, señaló que de acuerdo con el precedente de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, el demandante no demostró el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, ya que no probó la dependencia económica de su cónyuge.

Formuló como excepciones de fondo, las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, imposibilidad del reconocimiento

del 14% y 7% en pensiones superiores al salario mínimo, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (f.º 39-50 exp. dig.).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, manifestó que coincide con la postura expuesta por la Corte Constitucional en sentencia SU-140 de 2019, al considerar que los incrementos por persona a cargo fueron derogados por la Ley 100 de 1993, por lo anterior, solicitó que se desestimen las pretensiones de la demanda (f.º 63 - 66 expediente digital).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 22 de julio de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación reclamada, y consecuentemente, absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas a la parte demandante.

Luego de hacer una síntesis de la evolución jurisprudencial que se ha hecho respecto de la vigencia de estos incrementos, concluyó que, de acuerdo con la Sentencia de la Corte Constitucional, SU-140 de 2019, los mismos se encuentran derogados parcialmente a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, salvo para aquellas personas que hubiesen adquirido su derecho pensional antes del 1.º de abril de 1994, y los hubiesen reclamado dentro del siguiente trienio, cosa que no sucedió en este caso.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El **DEMANDANTE**, solicitó no ser condenado en costas, toda vez que actuó de buena fe, y al momento de la presentación de la demanda, ostentaba una posición jurídica que permitía acceder a la petición incoada.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se surte el recurso de apelación interpuesto por el demandante, para verificar como problema jurídico si es procedente o no, la imposición de la condena en costas señalada por el juez de primera instancia.

Frente a la condena en costas, lo primero a tener en cuenta es lo que dispone el artículo 365 del Código General del Proceso, que reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código (...).”

Así las cosas, se tiene que la parte vencida en el proceso debe ser condenada en costas, por lo que ineludiblemente, el demandante no puede ser exonerado del pago de las mismas, toda vez que, de conformidad con el artículo previamente citado, la misma es una consecuencia directa de haber sido vencido en juicio, tal como sucedió con la parte demandante en primera instancia, ya que se declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación reclamada propuesta por COLPENSIONES, y

consecuencialmente, se absolvió a la misma de las pretensiones de la demanda.

Sumado a lo anterior, de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso, esta Sala de Decisión resulta inhabilitada en este momento procesal oportuno, para efectos de pronunciarse acerca de la cuantía impuesta como agencias en derecho, pues «la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas».

En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de julio de 2020, por el Juzgado 7.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código

Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ADIS MARÍA CASTELLAR OCHOA** contra la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.**

EXP. 11001 31 05 013 2017 00101 01

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recursos de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 6 de marzo de 2020, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante que se declarara la nulidad del dictamen n.º 45423477 del 14 de febrero de 2014, emitido por la Junta Nacional De Calificación De Invalidez, en lo que respecta al origen, pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración de la patología “síndrome de manguito rotario”, para que con base en dictamen emitido por la Sociedad Colombiana De Medicina Del Trabajo, se establezca de manera definitiva que el origen de la pérdida de capacidad laboral de la patología “síndrome de manguito rotario” que le afecta es de origen profesional, así como que se determine el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y la fecha de la estructuración, aspectos omitidos por la Junta, y se le condene al pago de las costas. Subsidiariamente, que se declare que el origen de dicha enfermedad es común agravada por el trabajo (f.º 2-5).

Adujo, que entre el 3 de septiembre de 2003 y el 30 de noviembre de 2005, mediante un contrato comercial de sastrería laboró para la sociedad BETTINA SPITZ & CIA LTDA; que a partir del 1.º de diciembre de 2005, continuó laborando al servicio de dicha sociedad como modista, pero mediante un contrato laboral fijo de seis meses que se prolongó hasta el 30 de noviembre de 2012; que las funciones como modista fueron tomar medidas, coger ruedos, mangas, entallar, pulir, planchar y cierre de ventas, entre otras; que estando al servicio de dicha sociedad empezó a sufrir las patologías de síndrome del túnel carpiano bilateral; síndrome de manguito rotatorio; trastornos de discos lumbares y otras; que las del túnel carpiano bilateral y manguito rotatorio fueron calificadas inicialmente por la E.P.S., FAMISANAR como de origen profesional, según se desprende del formulario para calificación de la pérdida de capacidad laboral y determinación de la invalidez, proferida por la Junta Regional de

Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el 9 de agosto de 2013, y en el que declaró que dichas patologías eran de origen común.

Anotó, que al conocer de la apelación, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que el síndrome de manguito rotatorio era de origen común, y el síndrome del túnel carpiano como de origen profesional; que la A.R.L. SEGUROS BOLÍVAR, el 7 de septiembre de 2015, confirmó el origen profesional del túnel carpiano y emitió una pérdida de capacidad laboral del 18.10%, con fecha de estructuración del 21 de julio de 2015; que sin embargo, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en lo relacionado con el manguito rotatorio omitió discriminar cada una de las minusvalías, no tuvo en cuenta los factores ergonómicos a los que estaba expuesta y la relación de causalidad, ni realizó un adecuado estudio médico ocupacional al análisis que el 8 de agosto de 2012, le fue realizado por FT. Especialistas En Higiene Y Salud Ocupacional, ni solicitó la intervención de los médicos interconsultores de las I.P.S. a las cuales estaba afiliada, ni tuvo en cuenta que esas patologías eran progresivas, permanentes e irreversibles conforme a la historia clínica y exámenes de diagnóstico, así como tampoco le tuvo en cuenta su parte psicológica.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 23 de febrero de 2017, ordenándose su notificación y traslado a la demandada (f.º 177).

Mediante auto de 19 de septiembre de 2017, el juzgado indicó que la parte demandante solicitó que se le nombrara curador ad litem a la parte demandada.

Señaló, que al revisar las diligencias realizadas por la parte actora, y las constancias expedidas por la oficina de correos, se evidenció que el aviso de citación y de la notificación por aviso, fueron debidamente diligenciados y entregados a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, como se constató con el sello de dicha entidad impreso en los respectivos folios, así como que la notificación de la demanda se realizó en debida forma y dentro del término.

En este orden, indicó que como no se dieron las circunstancias previstas en el artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, para el nombramiento del curador ad litem, debía tenerse por no contestada la demanda (f.º 190-193).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 6 de marzo de 2020, no accedió a la declaratoria de ineficacia del Dictamen n.º 45423477 de 14 de febrero de 2014, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; la absolvió de las pretensiones incoadas en su contra, y la condenó en costas.

El Juzgado estableció que lo que aquí se impugnaba es sí el pronunciamiento de la junta estuvo o no equivocado, y que en este caso, sentía desde ya que el único pronunciamiento que hizo el dictamen de la Junta Nacional fue determinar el origen de la pérdida de capacidad laboral del demandante, por lo que la fijación del litigio se encaminó fue precisamente para eso, como se dijo en la audiencia pertinente, en cuanto a la calificación del origen de la enfermedad del demandante.

Adujo, que la demandante pretendía que se deje sin efecto el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en lo que

respecta el origen de la pérdida de capacidad laboral, y pide fecha de estructuración de la patología del síndrome del manguito rotario.

Indicó, que al proceso se aportó el dictamen emitido por la Junta Nacional de calificación de Invalidez (f.º 53-58), que da cuenta que el síndrome de manguito rotatorio es de origen común y el síndrome del túnel carpiano de origen enfermedad laboral, dictamen que fue materia de acusación frente al Juzgado, y en el cual quedó claro que la Junta no estableció la pérdida de capacidad laboral, ni la fecha de estructuración, porque seguramente no fue materia de pedimento.

Aclaró, que la Corte Suprema tiene adoctrinado en varios pronunciamientos, que el dictamen de las Juntas Regional o Nacional no es prueba solemne y que la ley permite controvertirlos ante el juez del trabajo quien le dará el valor probatorio pertinente, por lo que corresponde a la parte que lo discute restarle ese valor.

Sostuvo, que correspondiéndole a la parte demandante la carga de la prueba según el artículo 67 del Código General del Proceso, era necesario establecer qué era la enfermedad laboral definida en el artículo 4.º de la Ley 1562 de 2012.

Examinó, el material probatorio para determinar si la demandante logró establecer que la patología síndrome del manguito rotatorio era resultado de su actividad laboral o del medio en donde laboraba y si existía una relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional, solicitándose una prueba de dictamen pericial decretado por el juzgado y que fue rendido por la Sociedad Colombiana de Medicina del Trabajo, que tuvo en cuenta el historial clínico de la demandante, los diferentes estudios clínicos y pruebas objetivas al igual que el examen físico, se hace una explicación de la enfermedad diagnosticada como síndrome del manguito rotador

bilateral, las deficiencias que presenta y se hace una valoración tanto del rol laboral como de otras áreas ocupacionales para concluir que la demandante tiene una pérdida de capacidad laboral del 21.25 % y calificada como enfermedad común con fecha de estructuración del 24 de marzo del año 2015, dictamen que fue ratificado por dicha sociedad al responder la solicitud de aclaración y complementación presentada por la parte actora.

En consecuencia, no encontró el juzgado demostrada la relación de causalidad entre la patología y las funciones desempeñadas por la demandante, ni que la misma se hubiera generado o adquirido con ocasión a su labor o por exposición a factores de riesgo donde prestó su servicio, carga probatoria que necesariamente recaía, como se dijo, en la parte actora, por lo que al no haber los elementos probatorios que puedan invalidar legalmente el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que sobre el origen de pérdida de capacidad laboral profirió y que fue el pronunciamiento materia de la presente acción, debía dictarse sentencia absolutoria respecto de las pretensiones de la demanda.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, presentó recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia en su totalidad.

Afirmó, que no tiene ningún reparo frente al dictamen emitido por la Sociedad Colombiana de Medicina del Trabajo, en cuanto determinó que el origen de la patología era común, pero que frente a la fecha de estructuración y a la pérdida de capacidad laboral era indispensable que lo hubiera definido la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en su dictamen, pretensiones que fueron objeto de esta demanda, y que incluso como problema jurídico quedó

determinado de esa manera, y por ello, se ordenó a la Sociedad Colombiana de Medicina del Trabajo que se pronunciara frente al origen, la pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración, lo que así hizo esa entidad actuando como perito.

Esgrimió, que el artículo 40 del Decreto 1352 de 2013, vigente para cuando se expidió el dictamen, señala que los dictámenes proferidos por las Juntas Regional o Nacional deben contener el origen de la contingencia y la pérdida de capacidad laboral junto con su fecha de estructuración si el porcentaje de la pérdida es mayor al 0%, así como los fundamentos de hecho y de derecho, y la información general de la persona objeto del dictamen, por lo que la única razón para no determinar fecha de estructuración, ni pérdida de capacidad laboral es cuando esta no sea mayor al 0%, situación que sí fue tomada en cuenta por la Sociedad Colombiana de Medicina del Trabajo, que determinó como pérdida de capacidad laboral el 21.25% y fecha de estructuración el 24 de marzo de 2015.

Adujo, que una situación laboral idéntica fue decidida positivamente por este tribunal en sentencia del 25 de abril de 2018, en el proceso de radicación 110011310503520140042902, y también en la sentencia T-518 de 2011, por lo que al no haberse cumplido esos requisitos por la Junta Nacional, el juzgado debió dictar sentencia donde se declarara la nulidad de su dictamen y su reemplazo por el dictamen, y su aclaración proferido por la Sociedad Colombiana de Medicina del Trabajo, que sí contiene los requisitos de ley.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como

problema jurídico, el verificar si la Junta Nacional de Calificación de Invalidez estaba obligada o no, a determinar el origen laboral, el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de la demandante, y la fecha de estructuración de la enfermedad síndrome del manguito rotatorio que sufrió la actora.

Para el efecto, es necesario destacar que las pretensiones de la demanda estuvieron encaminadas a que se declarara la nulidad del Dictamen n.º 45423477 del 14 de febrero de 2014, proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en lo que respecta al origen, pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración de la patología del síndrome del manguito rotatorio.

Posteriormente, y en concreto, en la petición 6.^a, la demandante pretendió *“Que con base en el dictamen emitido por la SOCIEDAD COLOMBIANA DE MEDICINA DEL TRABAJO, y demás pruebas aportadas, se dicte sentencia en la que se establezca de manera definitiva que el origen de la pérdida de la capacidad laboral de la patología síndrome de manguito rotario, que afecta a la señora ADIS MARÍA CASTELLAR OCHOA, es enfermedad profesional”* (f.º 5).

En ese orden, se advierte que tanto el poder del f.º 1, conferido por la actora, como el del f.º 178, presentado este último para que se corrigiera el auto admisorio de la demanda, en tal sentido, facultó al apoderado judicial para que se estableciera, *“en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, que las patologías son de origen profesional, se determine la pérdida de capacidad laboral y la adecuada fecha de estructuración”* (Se resalta).

Aunado a lo anterior, se señala que, en el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, Cundinamarca, se consignó en la casilla “CONCEPTO DE LA (S)

ENTIDAD (ES), que FAMISANAR E.P.S. había considerado como de origen profesional las enfermedades de síndrome del túnel carpiano y síndrome del manguito rotatorio, y que la A.R.L. BOLÍVAR había dictaminado el 24 de mayo de 2013, que dichas enfermedades tenían origen común.

Igualmente, se dice que quien remitió las diligencias a la Junta Regional fue la A.R.L. BOLÍVAR, y que el motivo de la calificación por parte de la Junta Regional era “**Calificación origen**”, y que el motivo de la remisión a la Junta Regional fue que el siguiente:

“De conformidad con lo preceptuado en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, teniendo en cuenta que se presentó controversia frente al origen entre la ARL BOLÍVAR y Famisanar EPS el caso es enviado a la Junta Regional de Calificación de Invalidez para dirimir la misma”. Finalmente, la Junta Regional dictaminó que el origen de ambas enfermedades era común (f.º 46 - 51).

Ahora bien, en el dictamen de la Junta Nacional De Calificación De Invalidez (f.º 53-61), se indicó lo siguiente: “LA CONTROVERSIA DE LA PACIENTE ADIS MARÍA CASTELLAR OCHOA PLANTEA QUE: *En atención a la comunicación fechada 09/08/2013, en la cual se califican el síndrome del túnel del carpo y el síndrome del manguito rotatorio como enfermedad común; por tal motivo interpongo el recurso de reposición, pues considero que esa calificación es absurda, carente de objetividad y vulnera mis derechos laborales, echando por tierra la seguridad social que la constitución nacional contempla, rechazo rotundamente esa calificación; esas enfermedades las sufro a consecuencia de mi trabajo durante nueve (9) años como operaria de confecciones; en ese medio laboral las adquirí, ese trabajo en las condiciones descritas determinaron esa enfermedad, a consecuencia de esas enfermedades estoy por fuera del mercado laboral”* (f.º 55).

Como análisis y conclusión, La Junta Nacional dictaminó lo siguiente:

“...La sala 4 revisó todos los elementos obrantes en el expediente encontrando histórico laboral de 16 años los últimos 9 años en empresa Bettina Spitz y Cia Ltda, en el oficio de auxiliar en arreglos, en jornadas de trabajo de lunes a sábado de 10 horas y domingos de 4 horas, en el que realiza las siguientes tareas: tomar medidas de prendas (18.4% J.L.), coger ruedos, mangas o entallar (34.2% J.L.), pulido (11.4% J.L.), planchar (11.4% J.L.), cierre de ventas (8.8% J.L.), tareas bimanuales de precisión y agarres digitales e interdigitales con presión, movimientos repetitivos asociados a posturas por fuera de los arcos de control, tareas con carga física que mediante metodología ANSI puntuaron para los segmentos de codos, muñeca en los valores de referencia, en tanto que para hombros, no se encuentran riesgos ergonómicos suficientes y necesarios para el desarrollo de patología en estos segmentos corporales. En conclusión, teniendo en cuenta que el Análisis de Puesto de Trabajo, evidencia la existencia de factores de riesgo ocupacional, suficientes y necesarios para la generación de su patología síndrome de túnel del carpo bilateral, el histórico de la exposición laboral de la trabajadora por más de 9 años aunado al hecho de que en la historia clínica no se encuentran diagnosticadas enfermedades: sistémicas, genéticas, autoinmunes o degenerativas, que pudieran ser la causa de su enfermedad, se califica su origen como Enfermedad Profesional, modificando el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez”.

Por tanto, el diagnóstico final fue que el síndrome del manguito rotatorio era de origen común y el síndrome del túnel carpiano de origen profesional (f.º 58 vuelto).

Así las cosas, es claro que el poder conferido al apoderado de la actora era para que se determinara el origen profesional de las patologías que padecía, la pérdida de su capacidad laboral y la fecha de la estructuración; la demanda se encaminó a que se declarara la nulidad del dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, únicamente en cuanto a que se determinara el origen de la enfermedad síndrome de manguito rotatorio, su pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración, a la Junta Regional de Calificación de Invalidez Bogotá, Cundinamarca; el expediente de la demandante se remitió para que se dictaminara únicamente el origen

de las enfermedades síndrome del túnel carpiano y síndrome de manguito rotatorio, por la controversia planteada entre FAMISANAR E.P.S. y la A.R.L. BOLÍVAR, justamente sobre el origen de dichas patologías; la Junta Regional decidió que ambas enfermedades tenían origen común; la demandante apeló con fundamento en que no estaba de acuerdo con la calificación de origen común que había dado a sus enfermedades la Junta Regional; y la Junta Nacional, al conocer de dicho recurso, confirmó el origen común de la enfermedad síndrome de manguito rotatorio, y modificó el origen relativo al síndrome del túnel carpiano, que señaló como profesional.

Por tanto, no se evidencia que la Junta Nacional hubiera omitido alguna de sus funciones, pues su dictamen se ajustó a los lineamientos trazados por la controversia surgida entre la E.P.S. FAMISANAR y la A.R.L. BOLÍVAR sobre el origen de las enfermedades padecidas por la actora, así como sobre la apelación que está presentó contra el dictamen de la Junta Regional.

Y en cuanto a su dictamen, se observa claramente que examinó todos los documentos que se le pusieron de presente, como la historia clínica, puesto de análisis de trabajo, dictámenes de la A.R.L. BOLIVAR y la EPS FAMISANAR, entre muchos otros, siendo coherente y armónico sin que haya motivos que den lugar para su anulación como lo pretendido por la parte actora.

Se confirmará la sentencia apelada sin que haya lugar a costas por no haberse causado en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

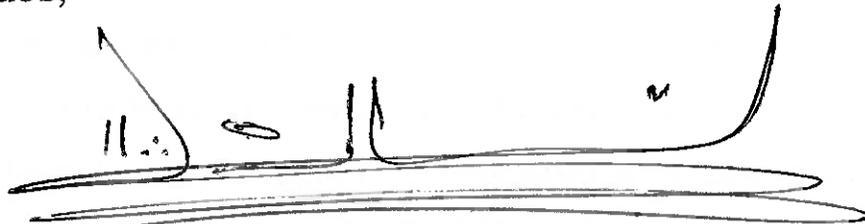
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 6 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ANA LUCÍA CASTRO CHAPARRO** contra el **CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRÍCOLA LAS GAVIOTAS-CENTRO LAS GAVIOTAS.**

EXP. 11001 31 05 016 2018 00239 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las parte demandada contra la sentencia proferida el 12 de marzo de 2020, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declarara la existencia de un vínculo laboral entre ella, y el CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRÍCOLA LAS GAVIOTAS-CENTRO LA GAVIOTAS, desde el 11 de mayo de 1984 hasta el 3 de febrero de 1989. Consecuencialmente, que se condenara a la demandada a pagarle los dineros que se llegaren a liquidar mediante el cálculo actuarial que realice COLPENSIONES, por la no afiliación en el Sistema General de Seguridad Social en pensiones, durante el periodo comprendido entre el 11 de mayo de 1984 y el 3 de febrero de 1989; al pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; de todos los conceptos laborales que resulten probados en uso de las facultades ultra y extra petita, y de las costas.

Sustentó sus pretensiones, en que el día 11 de mayo de 1984, suscribió contrato de trabajo verbal a término indefinido con la demandada; que se desempeñó como profesora; que devengó un salario mínimo por la suma de \$35.622.50 más el subsidio de transporte; que la demandada no canceló su seguridad social a un fondo de pensiones por lo que le adeuda el periodo comprendido entre el 11 de mayo de 1984 y el 3 de febrero de 1989; que a la fecha cuenta con 60 años de edad; que en marzo y noviembre de 2017, COLPENSIONES le indicó el trámite para obtener el cálculo actuarial por obligaciones de Empleadores al Sistema de Seguridad Social en Pensiones; que en octubre de 2017, radicó acción de tutela contra la entidad demandada, y en dicho fallo, se dijo que los derechos de petición presentados en septiembre y noviembre de 2017, por ella, fueron respondidos sin argumentos de fondo por el Centro de Gaviotas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 27 de septiembre de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 34).

LA FUNDACIÓN SIN ÁNIMO DE LUCRO-CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRÍCOLA LAS GAVIOTAS-CENTRO LAS GAVIOTAS, no se opuso a la pretensión de la declaración del vínculo laboral. No obstante, aclaró que este se dio entre el 12 de julio de 1984 y el 3 de febrero de 1989.

Se opuso a las pretensiones restantes, con el argumento de que entre el 12 de julio de 1984 y el 3 de febrero de 1989, no había cobertura de afiliación ni llamado a inscripción a los seguros de invalidez, vejez y muerte del I.S.S., en el lugar en que la demandante prestó sus servicios, esto es, en Cumaribo-Vichada, sitio que durante la vigencia del vínculo laboral fue un corregimiento de la Comisaría del Vichada, elevado a la categoría de municipio, mediante la Ordenanza n.º 66 de 22 de noviembre de 1996.

Aseveró, que no tenía la obligación legal de afiliar a la demandante a los seguros de invalidez, vejez y muerte, ni tiene la obligación de trasladar la reserva actuarial por el tiempo trabajado por ella, dado que renunció antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, momento en el que la afiliación de los trabajadores a los seguros de invalidez, vejez y muerte se volvió obligatoria.

Propuso las excepciones inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, pago, y prescripción. (f.º 46 - 52).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 12 de marzo de 2020, declaró que existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 11 de mayo de 1984 hasta el 3 de febrero de 1989; condenó a la demandada a pagar el valor del cálculo actuarial por ese periodo, teniendo como ingreso base de cotización los salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada año, y a entera satisfacción de COLPENSIONES, quien con fundamento en la decisión elaborará el cálculo actuarial que corresponde; declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada, y la condenó en costas.

Consideró, que el problema jurídico a resolver, consistía en establecer si existió un contrato de trabajo entre la demandante y la demandada, entre el 11 de mayo de 1984 y el 3 de febrero de 1989, para determinar si a la actora le asiste o no, el derecho a que la demandada, a través de una reserva actuarial, pague esos tiempos ante COLPENSIONES, teniéndose en cuenta que no efectuó cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, durante ese lapso.

Indicó, que conforme a las certificaciones expedidas por la demandada obrantes en el expediente (f.º 2, 3), y el testimonio rendido por el señor Sigfredo Romero, era claro que entre la actora y el Centro Las Gaviotas, existió un contrato de trabajo desde el 11 de mayo de 1984 al 3 de febrero de 1989.

Sobre la obligación de pagar el cálculo actuarial, adujo que, a partir del año 2014, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, evolucionó hasta el punto de determinar, que le corresponde al empleador que no realizó la

afiliación al Sistema de Seguridad Social en pensiones, efectuar el correspondiente cálculo actuarial sin importar que la vinculación laboral del trabajador haya iniciado con antelación a la expedición de la Ley 100 de 1993.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, al presentar su recurso de apelación, solicitó que fuera revocada la sentencia de primera instancia en su totalidad. Esgrimió, que no tenía la obligación de afiliar a la trabajadora puesto que en Cumaribo-Vichada, no existía llamado de afiliación o cobertura de los seguros de invalidez, vejez y muerte.

Adujo, que actuó conforme a lo establecido en el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-506 de 2001, y que en esta sentencia se concluyó que los empleadores no tenían que pagar un cálculo actuarial por los trabajadores que terminaron su vínculo laboral antes de la Ley 100 de 1993, y sobre los que solo se tenía la obligación de responder por las prestaciones de invalidez, vejez y muerte en caso de que se cumplieran las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo.

Arguyó, que actualmente no cuenta con los recursos financieros para asumir el cálculo actuarial, por lo que imponerle esta carga vulnera el principio de seguridad jurídica. Finalmente, expresó que siempre ha obrado de buena fe, en cumplimiento de la ley y de la jurisprudencia constitucional.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, determinar si es procedente o no, el reconocimiento del cálculo actuarial por parte de la entidad demandada a la actora, aun cuando no era obligatoria la afiliación al I.S.S en el municipio de Cumaribo, ubicado en el Departamento del Vichada, lugar en que la demandante prestó sus servicios.

En este asunto, no fue objeto de discusión que: **i)** la demandante nació el día 31 de agosto de 1956 (f.º 4); **ii)** que laboró para el Centro de las Gaviotas, entre el 11 de mayo de 1984 y el 3 de febrero de 1989, en el cargo de maestra de enseñanza primaria, como se evidencia en las certificaciones laborales adosadas (f.º 2, 3), **iii)** y que, durante ese periodo, la actora no estuvo afiliada al I.S.S. para la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, debido a la falta de llamado a inscripción a éstos, en el municipio de Cumaribo, ubicado en el Departamento de Vichada, de acuerdo con la respuesta emitida por COLPENSIONES a la petición de la demandada, radicada el 21 de septiembre de 2018, en donde indicó que en este municipio no hubo cobertura para dichos riesgos (f.º 40 - 41).

De entrada, advierte la sala, que habrá de confirmarse la sentencia apelada, como quiera que la decisión del *a quo*, coincide con el criterio adoptado por nuestro órgano de cierre, como se explicará a continuación.

En reiterada jurisprudencia, y a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y CSJ SL17300-2014, La Sala de Casación Laboral de la Corta Suprema de Justicia, estableció como regla general para resolver los casos en que un trabajador no estuvo afiliado al sistema

de seguridad social en pensiones, aunque ello sea consecuencia de la falta de cobertura del I.S.S., como ocurrió en el caso objeto de estudio, que le corresponde al empleador asumir las obligaciones pensionales derivadas de la relación laboral, máxime cuando se trata de periodos en que estas contingencias estaban a su cargo (CSJ SL4072-2017, CSJ SL14215-2017, CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017, CSJ SL10122-2017, CSJ SL5541-2018 y CSJ SL3547-2018). Así, en sentencia CSJ SL-3289 de 2019, además de reiterarse la regla en mención, dispuso:

“En efecto, ha indicado la Corporación que el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier causa, así no actúe de manera negligente, tiene a su cargo el pago de las obligaciones pensionales frente a aquellos periodos, pues en esos momentos la prestación estaba a su cargo.

(...)

En esa dirección, se ha dicho que el pago del cálculo actuarial a cargo del empleador se justifica porque sería inequitativo e injusto que por la falta de esos aportes se genere un perjuicio al trabajador y se afecte su expectativa pensional o el valor real de la misma, máxime que se trata de un lapso en que la obligación estuvo a cargo de aquel y, además, porque ello no resquebraja la estabilidad financiera del sistema, toda vez que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores con los de las entidades de seguridad social por las cotizaciones sufragadas.

Ahora bien, respecto del argumento expuesto por la apelante, de que no le corresponde asumir el cálculo actuarial de la demandante, por cuanto su vínculo laboral finalizó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, debe aclararse que también ha sido criterio pacífico y reiterado para la Sala Laboral, que las normas que definen los efectos de la afiliación son las vigentes al momento en que se causa el derecho pensional, y no aquellas que regulaban la falta de afiliación para el momento en que el empleador incurrió en esta

omisión (CSJ SL646-2013, CSJ SL2138-2016, CSJ SL15511-2017, CSJ SL4072-2017, y CSJ SL3937-2018).

En este orden, en el presente caso es aplicable el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 norma esta, cuyo literal d), permite la suma de tiempos en los que hubo omisión en la afiliación por parte del empleador.

De lo expuesto, se puede concluir que la falta de cobertura del I.S.S. en la zona de trabajo de la demandante, esto es, en el municipio de Cumaribo, ubicado en el departamento del Vichada, no implica que la demandada deba sustraerse de la obligación de asumir las obligaciones pensionales que debía sufragar en el periodo comprendido entre el 11 de mayo de 1984 y el 3 de febrero de 1989, máxime cuando en los términos del Código Sustantivo del Trabajo, tenía el deber de realizar los aprovisionamientos correspondientes a los aportes pensionales, aunado al hecho de que conforme a los lineamientos jurisprudenciales expuestos, le corresponde asumir el cálculo actuarial, como quiera que el cubrimiento de los riesgos de pensión mediante el cobro del mismo, encuentra su sustento en los principios de universalidad, integralidad, unidad y eficiencia que rigen el Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Por todo lo anterior, se encuentra acertada la decisión del *a quo*, con relación a la procedencia de la reserva actuarial exigible al empleador.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

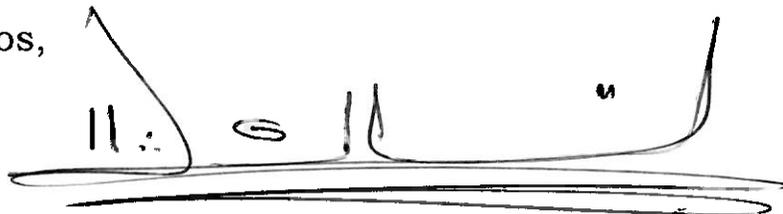
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el 12 de marzo de 2020, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera serán a cargo de **LA FUNDACIÓN SIN ÁNIMO DE LUCRO-CENTRO DE ASISTENCIA Y EDUCACIÓN AGRÍCOLA LAS GAVIOTAS-CENTRO LAS GAVIOTAS.**

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ AVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ARACELLY QUINTERO ARIAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 020 2019 00601 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada respecto de los puntos no apelados y discutidos en la sentencia proferida dentro de audiencia virtual celebrada el 10 de junio de 2020, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se revoquen las Resoluciones GNR 386277 del 30 de noviembre de 2015, SUB 178988 del 29 de agosto de 2017, SUB 178927 del 4 de julio de 2018, y SUB 294141 del 13 de noviembre de 2018, DIR 20288 del 20 de noviembre de 2018, proferidas por COLPENSIONES, y mediante las cuales se le negó el reconocimiento de la pensión de vejez, y que se ordene a la demandada el reconocimiento y pago de dicha prestación a partir de que cumplió los requisitos para acceder a ella y de conformidad con el régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, y el Acuerdo 049 de 1990; más los intereses moratorios, la indexación, y las mesadas adicionales a que hubiere lugar (f.º 8, 9).

Como sustento relevante de sus pretensiones, manifestó que nació el 30 de octubre de 1995, por lo que a la fecha de la demanda contaba con 63 años de edad; se encuentra afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 26 de febrero de 1974, por lo que es beneficiaria del régimen de transición; trabajó como independiente realizando aportes a través de Asistir Ltda., Asociación que agrupaba a trabajadores independientes, recaudaba los aportes a pensión y los afiliaba a I.S.S.; dicha cooperativa, no realizó las cotizaciones por lo que se evidencia en su historia laboral un periodo de mora, comprendido de julio de 1998 a septiembre de 1999.

Arguyó, que desde el año 2010, solicitó en varias ocasiones el reconocimiento pensional y la corrección de su historia laboral, pero COLPENSIONES objetó su solicitud con las resoluciones de las cuales se pretende su revocatoria, bajo el argumento de que tan solo ha acreditado 449 semanas dentro de los 20 años anteriores a la edad para pensionarse, y que se registran unas semanas en mora por parte de Asistir Ltda., sin que se le haya planteado una solución concreta,

solo que tiene cotizadas 1221 semanas cotizadas en toda su vida laboral, insuficientes respecto de las requeridas por la normativa aplicable; que el 30 de marzo de 2015, Colpensiones inició gestiones de cobro persuasivo con dicha empresa, pero para ese momento se encontraba en liquidación según la Cámara de Comercio de Villavicencio (f.º 5-8).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 16 de septiembre de 2019, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 112), quien contestó con oposición argumentándose que la demandante no acreditó el número de semanas requerido para el reconocimiento de la pensión reclamada y que el empleador Asistir Ltda., es el responsable de realizar los aportes, así como de reportar las novedades.

Propuso como excepciones de mérito, las de falta de legitimación en la causa por pasiva, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de indexación, reajuste, intereses moratorios, indemnización moratoria, prescripción, compensación, e improcedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, (f.º 117-131).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 114, 115).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 10 de junio de 2020, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la demandante, con un I.B.L. de los últimos 10 años o toda la vida laboral, según sea más favorable, y a partir de la fecha en que demuestre el retiro del Sistema General de Pensiones, más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 10 de 1993, y las costas.

Motivó la decisión, en que la mora del empleador no puede ser trasladada al trabajador, por lo que para el reconocimiento de la prestación tuvo en cuenta las 64.28 semanas excluidas bajo la razón social de Asistir Ltda., como trabajadora independiente entre el 1.º julio de 1998 y el 30 de septiembre de 1999; así, con las semanas acreditadas y el tiempo en mora del empleador, contabilizó un total de 1.314, 16 semanas.

En cuanto al régimen de transición, indicó que inicialmente la actora cumple con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que para el 1.º de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad, pero con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que el régimen de transición terminaría el 31 de junio de 2010, por lo que antes de dicha fecha debía cumplir los requisitos para tener derecho a la pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990. Sin embargo, la señora Araceli alcanzó la edad que exige esta última norma el 30 de octubre de 2010, fecha para la que ya había expirado el régimen de transición, sin que hubiera alcanzado las 750 semanas exigidas para extender el beneficio hasta el 2014, por cuanto solo acreditó 624.71 a la entrada en vigencia del mencionado Acto Legislativo.

Por lo anterior, estudió los requisitos de la Ley 797 de 2003, y los encontró acreditados en cuanto a la edad, porque cumplió 57 años en el año 2012, y completó 1311 semanas, sumando las cotizaciones en mora y las del régimen subsidiado; como no se demostró el retiro del sistema, y la demandante confesó que continúa trabajando, ordenó el reconocimiento de la prestación una vez se registre dicha novedad con base en los artículos 13, 35 del Acuerdo 049 de 1990, 21, 33 y 34 de la Ley 100 de 1993.

En relación con los intereses moratorios, señaló que aun cuando la pensión no se reconoce en este momento en forma retroactiva, toda vez que la misma está condicionada al retiro del sistema, COLPENSIONES está obligada a que *«si a partir de la fecha del retiro del sistema de pensiones, no reconoce la pensión de vejez, deberá entrar a pagar los intereses correspondientes ya que se tiene derecho al mismo y ha sido reclamada oportunamente»*. De ahí, que descartó la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La demandante, solicitó el reconocimiento del régimen de transición, por cuanto las modificaciones constitucionales realizadas sobre el régimen de transición la afectaron debido al transcurso del tiempo, y como consecuencia de la negligencia en adelantar la gestión de cobro que debía adelantar la demandada. Solicitó, dar aplicación a los artículos 48 y 53 de la Constitución, así como a los principios de favorabilidad y *pro homine*, y a la jurisprudencia sobre expectativas legítimas para reconocer dicho régimen.

Por su parte, la demandada apeló las costas, argumentando que según el artículo 48 constitucional, los recursos de la seguridad social no pueden ser utilizados para fines distintos a ella, y que el numeral 5.º del artículo 365 del Código General del Proceso, establece la

posibilidad de no imponer costas procesales en los casos en que prosperen parcialmente las pretensiones, tal como sucede en el presente asunto, máxime cuando el reconocimiento pensional de hizo con base en una normativa distinta a la solicitada en la demanda.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, establecer si la demandante es beneficiaria del régimen de transición, y con base en ello, si tiene derecho o no, a que se le otorgue la pensión de vejez con fundamento en las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990. Asimismo, se verificará si son procedentes los intereses moratorios, así como la condena en costas impuesta a la demandada. Ello, no sin antes verificar lo atinente al período que aparentemente se registran aportes en mora bajo la razón social de Asistir Ltda., por cuestiones de método.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que **i)** la demandante nació el 30 de octubre de 1955 (f.º 43); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 26 de febrero de 1974, por lo menos hasta el 31 de octubre de 2019, un total de 1256 semanas (f.º 141-149); de manera que, se podría decir que en principio la demandante por edad, era beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dado que a la entrada en vigencia de dicha norma, estaba afiliada al subsistema general de pensiones y tenía 38 de edad.

En tal condición, le serían aplicables las reglas previstas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año; encontrándose que el requisito de 55 años de edad, lo cumplió el 30 de octubre de 2010, pero una vez efectuado un conteo

detallado de las semanas, tenemos que a esa data, no tiene 1000 semanas de cotización, dado que solo registró 827.38, ni contaba con 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de esa edad (entre 1990 y 2010), porque en ese período cotizó 446.81 semanas, de ahí que tuviera que continuar cotizando para alcanzar derecho pensional bajo esta normativa.

Sin embargo, la demandante no conservó tal prerrogativa en la medida en que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, solo contaba con 561.65 semanas de cotización al sistema, insuficientes para completar las 1000 exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, y las 750 requeridas para continuar siendo beneficiaria del régimen de transición.

Frente a este punto, la demandante echa de menos tanto en los actos administrativos reseñados, como en su historia laboral la totalidad del período que adujo haber laborado para Asistir Ltda., comprendido entre el 1.º de mayo de 1998 y el 30 de septiembre de 1999, en especial, el posterior al 1.º de julio de 1998, inclusive, dado que no se registran cotizaciones a su favor.

Para el efecto, la demandante afirmó en el hecho 3.º de su demanda, que trabajaba junto con otras personas, en la Cooperativa Covemeta, como ‘trabajadora independiente’ y tenía un local donde comercializaba electrodomésticos y otros bienes, de manera que, su condición, era la de asociada *«más no empleadas o trabajadoras directas de Covemeta, pero paralelamente existía una empresa llamada Asistir Ltda, que agrupaba a los trabajadores independientes, recaudaba de ellos los aportes para pensión y los afiliaba al Instituto de los Seguros Sociales, toda vez, que así estaba autorizado por el seguro social y de contera, estaba descrito en el objeto social de constitución de la entidad Asistir Ltda. Para ese entonces, me encontraba afiliada a SERVIMÉDICOS, entidad que fungía como prestadora de los servicios de salud*

para los trabajadores asociados a Covemeta, de ello a la fecha no queda rastro, por ello no se aporta prueba documental de los mismos.» (f.º 5).

Para comprobar tal afirmación, la parte actora únicamente allegó el certificado de existencia y representación de Asistir Ltda. en Liquidación (f.º 105-107), y 3 testigos: su hija Ana María Bocanegra Quintero, su ex esposo y amigo Alberto Duque Giraldo, y otro amigo Luís Fernando Peñaranda Jácome, quienes coincidieron en indicar que mientras la demandante vivió en Villavicencio con su hija, en calidad de comerciante independiente tuvo un local pequeño en una cooperativa llamaba Covemeta, en el que vendía diferentes cosas, pero más que todo electrodomésticos; que en tal sentido, ella se afilió a Asistir Ltda. en Liquidación, en donde aportaba mensualmente unos valores, y de allí le descontaban para afiliarla al I.S.S., y pagar pensión y salud, así como sucedía con los demás comerciantes de la mencionada cooperativa, que tenían ese mismo tipo de comercio como vendedores.

Estas afirmaciones, corroboran lo manifestado por la demandante en su interrogatorio de parte, al sostener que siempre estuvo afiliada como trabajadora independiente y pagó mensualmente sus aportes como tal, para pensiones en el I.S.S. y para salud en la otrora Servimédicos hoy Medinorte , a través de una cooperativa a la que se asoció; aseveró tajantemente que no era empleada, sino asociada tanto de Covemeta como de Asistir Ltda., con un local en el que vendía electrométricos, pues así era la forma cómo funcionaban dichas empresas.

Al ser preguntada la demandante, acerca de si la omisión en los pagos también se registró en los aportes a salud por parte de Asistir Ltda., sostuvo que no recordaba si había estado afiliada en Servimédicos, en calidad de cotizante o como beneficiaria, y que ella

tenía los recibos de pago; no obstante, en el presente trámite no acompañó constancia del pago de dineros con destino a Asistir Ltda.

De manera que, al no existir evidencia de una inequívoca relación laboral entre Aracely Quintero Arias y Asistir Ltda., del período que se echa de menos en la historia laboral de la demandante, esto es, entre el 1.º de julio de 1998 y el 30 de septiembre de 1999, contrario a lo manifestado por el *a quo*, no es posible concluir que en efecto, hubo una mora por parte de Asistir Ltda, por lo que, aun cuando la Sala no desconoce que la falta de cobro por parte de las Administradoras de Pensiones no pueden afectar a los trabajadores para el reconocimiento pensional (CSJ SL1624-2018, SL4539-2018, SL4892-2017 y SL2984 de 2015, entre muchas otras); tal razonamiento no es aplicable en este preciso caso, dado que según el mismo dicho de la demandante, Asistir Ltda., no tenía la obligación como empleador de efectuar aportes a nombre de Aracely Quintero, como su trabajadora, simplemente la actora usaba a la mencionada sociedad como intermediaria para efectos de realizar los aportes al sistema general de seguridad social.

Es de advertir, que la jurisprudencia ordinaria laboral ha establecido que la afiliación a seguridad social o el pago de los aportes al sistema, no conlleva, en principio, la existencia de una relación laboral (CSJ SL16528-2016), y que la misma, es un elemento indiciario para acreditar los extremos temporales de una relación laboral, pero no es plena prueba de la misma (CSJ SL, 15 mar. 2011 rad. 37067). De ahí que no resulte viable acceder al pedimento elevado por la apelante, en la medida en que no se considera un signo indicativo de la presencia de una prestación del servicio personal de carácter dependiente, pues dentro del expediente no existe otra prueba con la cual se pueda constatar tal supuesto fáctico.

Es que, para la validez de las cotizaciones al subsistema de pensiones, es necesario contar no solo con una afiliación válida al subsistema sino con respaldo de una relación laboral real (CSJ SL1701-2016), de ahí que, al no ser evidente el nexo contractual que ató a Aracely Quintero Arias con Asistir Ltda., y que adicionalmente, no está acreditado en juicio que la demandante aportó las pruebas necesarias en el trámite administrativo, para que COLPENSIONES iniciara el correspondiente proceso de cobro, no sea posible acceder a los pedimentos del libelo demandatorio.

Es preciso recordar, que la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, así que los trabajadores subordinados causan la cotización con la prestación del servicio que como trabajador despliega el afiliado; y precisamente, para que pueda hablarse de «*mora patronal*» es necesario que existan pruebas razonables o inferencias plausibles sobre la existencia de un vínculo laboral, bien sea regido por un contrato de trabajo o por una relación legal y reglamentaria (CSJ SL8082-2015, SL759-2018, SL1355 y SL3160 ambas de 2019), aspecto del cual, se repite, la parte demandante no corrió con la carga probatoria para ello al tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso.

La Sala, no desconoce que el Decreto 780 de 2016, regula el proceso por el cual las asociaciones, agremiaciones y congregaciones religiosas interesadas, puede solicitar ante el Ministerio de Salud la autorización para la afiliación colectiva de sus trabajadores independientes miembros, al Sistema de Seguridad Social Integral, como presuntamente pudo haber sucedido con Asistir Ltda., pero no resulta ser una prueba idónea de ello, el objeto social que se registra en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Villavicencio (f.º 105-107).

Es que en este caso, no es posible trasladar la obligación a cargo de Colpensiones, de velar por el cumplimiento en el pago de las cotizaciones por parte de Asistir Ltda., como para poder contabilizar dentro de las semanas necesarias para acceder a la pensión, las comprendidas entre entre el 1.º de julio de 1998 y el 30 de septiembre de 1999, porque el retardo en la aportación del mínimo de las cotizaciones exigidas por el sistema pensional posterga el derecho del trabajador independiente de recibir su prestación pensional, como quiera que la ley no establece acción de cobro alguna a favor de las entidades administradoras para procurar el recaudo de lo no pagado (CSJ SL3838-2020, SL16204-2014).

Así las cosas, si se hubiera acreditado de alguna forma, el pago efectivo de las cotizaciones que ahora se echan de menos, ya sea en forma directa por la demandante o con intermediación de Asistir Ltda., sí que se hubieran podido contabilizar pero exclusivamente para la data exacta en la que se efectuó la consignación, no en forma retroactiva como para cubrir períodos en mora, como cuando se trasladan las consecuencias negativas de la omisión de un empleador en el pago de los aportes, a la administradora que no cumplió con su deber de cobro, porque en aquel caso, los pagos efectuados por el trabajador independiente, resultan ser extemporáneos.

Ahora bien, si quería debatirse en juicio la existencia de un vínculo en el que Asistir Ltda., fungiera como empleador y Aracely Quintero como trabajadora, ha debido llamarse a juicio a dicha sociedad o a su ente liquidador, a efectos de declarar los extremos que posiblemente la ató laboralmente con la demandante, por lo que declarar estos extremos sería desbordar la competencia conferida a la Sala.

Precisamente, por estas razones tampoco sería posible autorizar a la demandante para que efectúe el pago de los aportes relativos al período que se echa de menos en la historia laboral, al tenor de lo dispuesto en el párrafo del artículo 2.º del Acuerdo 027 de 1993, como lo solicitó ante COLPENSIONES en una de sus peticiones, dado que el sistema general de pensiones es eminentemente contributivo, cuya fuente de financiación lo constituyen las cotizaciones a cargo de los sujetos obligados a su sostenimiento, siendo absolutamente claro que, las obligaciones de tales sujetos deben ceñirse a los postulados de la buena fe, de suerte que se correspondan con la condición que real y verdaderamente tengan dentro de la trama estructural y coherente del sistema, lo que significa que la afiliación debe ser consonante con la realidad, de modo que no puede quedar librada al talante de las personas escoger la calidad en que se vinculan, para a partir de esa elección sufragar sus cotizaciones (CSJ SL, 15 feb. 2007 rad. 27958, SL, 17 oct. 2008 rad. 30582, SL, 28 abr. 2009 rad. 32135 y SL1701-2016).

Así las cosas, incurrió en yerro el *a quo* al haber contabilizado el período comprendido entre el 1.º de julio de 1998 y el 30 de septiembre de 1999, para la sumatoria total de las cotizaciones efectuadas para efectos del reconocimiento pensional en favor de la demandante.

Por otra parte, como la demandante no conservó el beneficio de la transición en los términos del Acto legislativo 01 de 2005, debía cumplir con las exigencias establecidas en el original artículo 33 de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por el artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, pero aun cuando cumplió 55 años de edad en el año 2010, para dicha época contaba, se itera, con solo 827.38 semanas de cotización al subsistema general de pensiones, siendo exigido un mínimo de 1175 semanas, y para el 2012, tiempo para el

cual sus condiciones pensionales ya habían sido modificadas por la normativa en cita, que aumentó la edad a 57 y el número de semanas de cotización a 1225, tampoco alcanzó el mínimo de aportes a pensión requerido, pues solo tenía 930.27.

Y dado que, en toda su vida laboral completó a 31 de octubre de 2019, un total de 1256 semanas (f.º 141-149), siendo necesarias 1300 semanas para logra pensionarse, no había lugar a acceder al reconocimiento de la pensión de vejez aquí solicitada.

En consecuencia, se equivocó el *a quo* al otorgar el derecho pensional reclamado por la demandante, lo que conlleva a **REVOCAR** en su integralidad la decisión apelada.

Dado el resultado de lo hasta aquí estudiado, por sustracción de materia, la Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento respecto de los demás problemas jurídicos planteados al inicio de las consideraciones.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

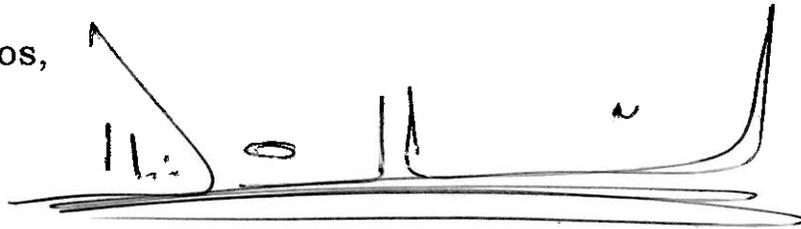
PRIMERO: REVOCAR en su integralidad la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de junio de 2020, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-**

COLPENSIONES, de la totalidad de pretensiones incoadas por **ARACELLY QUINTERO ARIAS**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

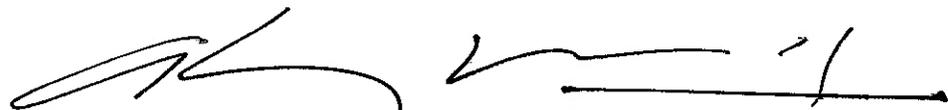
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JOSÉ ALMEIRO APOLINAR TORRES** contra **BAVARIA & CIA S. C. A.**

EXP. 11001 31 05 021 2018 00173 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia proferida el 11 de marzo de 2020, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 19 de marzo de 2004, como se estableció en el proceso especial de fuero sindical n.º 032-2015-00582-00, por lo que devengó un salario inferior al adquirido por los trabajadores directos de la demandada que realizaban sus mismas funciones; y se declare que se encuentra amparado con estabilidad laboral, por padecer una enfermedad de origen laboral.

Solicitó, que se condene a la demandada a pagar la diferencia salarial y reliquidación de cesantías, de los intereses a las cesantías, de las primas de servicios, de las vacaciones y de la cotización de aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones desde el inicio de la prestación personal del servicio por parte del trabajador, el 19 de marzo de 2014; más el pago de las sanciones por no consignación de las cesantías y sus intereses; así como también a reconocer y pagar en forma retroactiva los derechos establecidos en la convención colectiva o pacto colectivo, a saber: primas de diciembre, pascua, junio, descanso, extralegales e incentivo de corto plazo para trabajadores del nuevo régimen, por subsidio familiar; seguro de vida especial; seguro de vida y riesgo; derecho a la escala salarial de ingresos, e incremento para personal operativo, de mantenimiento y administrativo teniendo en cuenta el Grupo 07 señalado en el Pacto, y la indexación de las sumas adeudadas (f.º 2-4 vto).

Como sustento relevante de sus pretensiones, sostuvo que ingresó a trabajar al servicio de la demandada el 19 de marzo de 2004; en virtud del proceso de fuero sindical n.º 032-2015-00582-00,

se ordenó en segunda instancia mediante fallo del 25 de agosto de 2016, su reinstalación al cargo que ocupaba al momento de su traslado; en la referida decisión, el Tribunal reconoció que la actividad que desarrollaba hacía parte del giro ordinario de la empresa demandada; tuvo que iniciar proceso ejecutivo a continuación con radicación n.º 032-2017-00162-00, por lo que solo 280 días después de emitido el mencionado fallo, la demandada lo llamó a firmar un contrato de trabajo a término indefinido, sin que le hubiera cancelado los salarios causados entre el 25 de julio de 2015, fecha en que se radicó la demanda de fuero sindical, hasta el 1.º de junio de 2017.

Adujo, que el salario percibido hasta el 1.º de junio de 2017, fue de \$905.610, a pesar de que trabajadores reconocidos por la empresa que desempeñaban el cargo de auto elevador perciben un ingreso de \$2.500.000; nunca pudo acceder a los beneficios establecido en la Convención Colectiva y en el Pacto Colectivo como Operario Montacarguista Auto elevador (f.º 4 vto-8).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de abril de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 159), quien contestó con oposición bajo el argumento de que no es cierto que exista un fallo judicial en el que declare la existencia de un vínculo laboral con el demandante y que, por el contrario, durante el proceso de fuero sindical quedó claro que el actor trabajó al servicio de Suppla S.A.; propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, buena fe patronal, prescripción y compensación (f.º 203-219, 337, 338).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 11 de marzo de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo vigente entre las partes desde el 19 de marzo de 2004, y declaró probada de manera parcial la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas, por lo que absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, e impuso costas a cargo del demandante.

Para lo que interesa a la Sala, señaló en primera medida, que no es viable colegir que en la sentencia mediante la cual se puso fin al proceso especial de fuero sindical, se haya declarado la existencia de un vínculo laboral entre las partes, por cuanto se guardó silencio al respecto tanto en la parte considerativa como en la resolutive; aunado a que el desistimiento efectuado acerca de las pretensiones de la demanda en aquel proceso, se dio con ocasión de una orden impartida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al decidir inadmitir la demanda, por lo que no es viable declarar probada la cosa juzgada, por cuanto en el auto admisorio del fuero sindical, no se aceptó un desistimiento como tal de pretensiones, solamente fue un requisito de trámite para adecuar el proceso.

Así las cosas, argumentó que de la documental existente en el presente proceso se evidencia que el demandante fue contratado a través de distintas empresas desde el 19 de marzo de 2004, para trabajar en la empresa demandada en calidad de operario de montacargas, y que a partir del 1.º de junio de 2017, existe un contrato laboral directo con Bavaria, sin que dicha empresa hubiera desvirtuado la presunción. De los testimonios, dedujo que las órdenes y horarios al demandante eran impartidos por personal de la empresa accionada; asimismo, que los montacargas eran propiedad de ella y

los mantenimientos, y los insumos necesarios para su funcionamiento eran provistos por ella; de igual manera, manifestaron los deponentes que las sociedades intermediarias únicamente realizaban los pagos del salario. De allí, concluyó que existió una verdadera prestación personal del servicio con la empresa y, por tanto, Bavaria ejerció actos de verdadero empleador, quien durante más de 6 años pretendió disfrazar la relación laboral.

Respecto de la diferencia salarial, y a las liquidaciones de prestaciones sociales, estimó que el actor no cumplió con la carga probatoria para acreditar el salario percibido por un trabajador de planta de Bavaria que fuera operario de montacargas, o que realizara las mismas funciones que él. Sostuvo, que si bien en la convención colectiva se encuentran determinados unos salarios, no está demostrado que efectivamente el demandante fuera de beneficiario de dicha convención colectiva por no ser afiliado a ninguno de los sindicatos que la suscribieron. En cuanto al pago de beneficios contentivos del pacto colectivo encontró que el demandante no cumple con la condición para la aplicación del mismo, por cuanto solo aplica para trabajadores no sindicalizados de Bavaria o que se adhirieron al mismo, y obra constancia de que el actor fue socio fundador de la Asociación Sindical de Montacarguistas y Operarios Auto Elevadores de Colombia-Asmontacarcol.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante, apeló en lo referente a la reliquidación solicitada, por cuanto le fueron cercenados sus derechos por parte de la demandada, ya que los beneficios de la convención colectiva se hicieron extensivos a los empleados no sindicalizados mediante pacto colectivo, el cual, ha sido catalogado por la O.I.T. como un mecanismo para vulnerar el derecho de asociación. Además, señaló que las

funciones que cumplió dentro del grupo 7 de operarios, eran equivalentes a las de montacargas o auto-elevador, y que el salario que percibió no corresponde a la realidad, lo que evidencia una vulneración al derecho a la igualdad y transgresión a los convenios internacionales en contravía de sus intereses, de manera que, solicita que por lo menos se efectúe la reliquidación de acuerdo al salario que tiene desde el momento de su reintegro.

La demandada, no se encuentra de acuerdo con la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo vigente a partir del 19 de marzo del año 2004, dado que en el proceso de fuero sindical, el demandante desistió de la pretensión de existencia de contrato de trabajo, por lo que debe correr con las consecuencias de dicho desistimiento. Adicionalmente, cuestiona la prueba testimonial en la que se apoyó el juez para declarar la existencia del vínculo laboral, al catalogarla como un “carrusel de testigos”, porque no tienen credibilidad alguna en sus dichos.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará inicialmente por cuestiones de método, si se dan los elementos constitutivos de un contrato de trabajo entre las partes a partir del 19 de marzo de 2004, para posteriormente establecer, si al actor le asiste derecho a la reliquidación y reconocimiento de los emolumentos legales y extralegales reclamados.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo que existió entre las partes, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la

continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 ibídem, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, quien resiste la pretensión, debe derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, y SL1420-2018).

Analizado el material probatorio aportado al proceso, fácilmente se puede concluir que le asiste la razón a la *a quo* por lo siguiente:

Reposa en el expediente copia digitalizada del proceso de fuero sindical n.º 032-2015-00582-00, iniciado por el aquí demandante en contra de la entonces Bavaria S.A. y Suppla S.A., en el que, mediante sentencia del 25 de agosto de 2016, la Sala 6.ª de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., revocó la sentencia de primera instancia proferida el 29 de julio de 2016, por el Juzgado 32 Laboral de este Circuito judicial, y en su lugar, condenó a Bavaria S.A. a reinstalar al aquí demandante al mismo cargo que ocupaba al momento de su traslado, es decir, al de montacarguista (CD f.º 342).

No fue objeto de discusión en dicho proceso, el vínculo existente entre las partes en aquella época, sin embargo, en ese momento el Tribunal consideró que *“si bien no se desconoce que el contrato comercial que suscribieron las dos compañías accionadas, finalizó en marzo de 2015, lo cierto es, que la actividad que desarrollaba el actor y para la cual fue contratado, corresponde a las del giro ordinario de BAVARIA S.A. (...) lo que permite concluir aún más que la garantía foral de la que gozaba el demandante, se vio afectada*

por la decisión adoptada por estas empresas". Aspecto este, que de ninguna forma fue controvertido por las partes en aquel proceso.

Ahora bien, en este punto, resulta importante resaltar que si bien a folio 147 y siguientes del expediente digital del mencionado fuero sindical, reposa memorial de la parte demandante en la que manifestó que desistía de la pretensión tendiente a obtener la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, y se reestructuró el escrito de la demanda, tal desistimiento no fue en estricto sentido, aceptado por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de esta ciudad, mediante auto admisorio del 18 de septiembre de 2015, y, por tanto, no se produjeron los efectos de cosa juzgada que le asigna el artículo 314 del Código General del Proceso, al auto que acepta el desistimiento.

Además, no se puede pasar por alto que esa manifestación denominada por el demandante como un desistimiento de las pretensiones n.º 1 y 2, se efectuó en cumplimiento al requerimiento efectuado por el juzgado en el auto que inadmitió la demanda el 24 de agosto del mismo año, en el sentido de subsanar la misma 'retirando' tanto la pretensión primera como la segunda porque *«no es procedente en esta clase de procesos»*, lo cual, dicho sea de paso, a juicio de esta Corporación no se compadece con lo establecido en el artículo 25 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, porque aunque se trate un proceso de uno especial por fuero sindical, ello no imposibilita que el fallador determine la existencia o no del vínculo laboral alegado, así como la naturaleza del mismo, más aun si se tiene en cuenta, que la prosperidad de la acción también se encuentra sujeta a que tales supuestos fácticos estén debidamente acreditados en el plenario, lo que de contera admite que sean objeto de litigio (CSJ sentencias SL, 24 abr. 2012 rad. 28540, STL2205-2013, STL1843-

2014, STL11097 y STL6878 ambas de 2015), de ahí que no le asiste la razón a la demandada en los argumentos de su apelación.

Por otra parte, a folios 51 a 54 reposa el contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 1.º de junio de 2017, entre las partes integrantes de esta litis, justamente para acatar la orden impuesta en la reseñada sentencia del 25 de agosto de 2016, de la cual se solicitó su cumplimiento dentro del proceso ejecutivo laboral 032-2017-00162-00, contrato que se encuentra vigente y que no deja duda de la existencia del vínculo laboral a partir de su celebración, con la especial anotación de que a partir de la mencionada data, se contrataría al demandante en calidad de Ayudante de Oficina, con un salario de \$2.068.614 mensuales, en la medida en que *«en la estructura organizacional de Bavaria SA no existe el cargo de Operario de Montacargas que el señor José Almeiro Apolinar Torres desempeñaba al interior de la sociedad contratista Suppla SA, ni un cargo similar o equivalente»*.

En cuanto a la relación existente con anterioridad al 1.º de junio de 2017, en el acta de cumplimiento de sentencia judicial se dejó registro de que el demandante *«actualmente se encuentra vinculado a la empresa empleadora Suppla SA, respecto de la cual ha percibido salarios, prestaciones sociales y demás conceptos laborales, hasta la reinstalación en la Compañía Bavaria SA.»*

Adicional a lo anterior, al proceso fueron llamados a declarar Dairo Alexander Ferreira y Héctor José Forero Gutiérrez, quienes conocieron al demandante en la compañía demandada cuando ingresó a trabajar como operador de montacargas en el año 2004, contratado por intermedio de otras sociedades. Sus testimonios fueron tachados, y cuestionados por el hecho de tener procesos en curso en contra de la empresa demandada, circunstancia que por sí sola no desvirtúa la idoneidad de las manifestaciones que resultan relevantes teniendo en cuenta que, como compañeros de trabajo,

conocieron directamente las circunstancias en las que el actor desempeñó sus funciones y las relaciones con la demandada, aunado a que se observan imparciales en sus dichos, con los que indicaron con claridad y detalle las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que les constó lo narrado al tenor de lo dispuesto en el artículo 221 del Código General del Proceso, de ahí que contrario a lo manifestado por la demandada se les otorga pleno valor probatorio.

Coincidieron los deponentes en señalar que las órdenes e instrucciones para el desempeño de las funciones de operador de montacargas eran impartidas al demandante por ingenieros de la empresa demandada, indicaron que en una cartelera eran fijados por dichos ingenieros lo correspondiente a turnos, naves y productos que debía transportar; señalaron, que lo referente a permisos debía ser tratado directamente con los ingenieros de la empresa demandada y que esa compañía controlaba los horarios con el uso de un tarjetas magnéticas. Bavaria no presentó evidencia que contradijera lo manifestado por los testigos.

En el expediente digital del proceso de fuero sindical que fue allegado en medio óptico, reposan certificaciones laborales, liquidaciones definitivas de prestaciones sociales y contratos celebrados por el demandante para la prestación de sus servicios como auxiliar operativo de montacargas en las instalaciones de la demandada, así: con Serdan S. A. del 19 de marzo de 2004 al 31 de julio de 2008, con Almagran S.A. desde el 1.º de junio de 2010 hasta el 26 de enero de 2011, con Su Temporal S.A. entre el 15 de noviembre de 2011 y el 15 de marzo de 2012, con Suppla S. A. del 16 de marzo de 2012 al 27 de marzo de 2015, cuando fue asignado a otro lugar en razón de la terminación del contrato entre Suppla S.A. y Bavaria S. A. (f.º 21-29, 31-42), circunstancia esta última, que

motivó el proceso de fuero sindical que dio lugar a la reinstalación del actor en el cargo que hoy ocupa.

De conformidad con lo anterior, para esta Sala, y en este caso en específico, no hay duda de la presencia de los elementos constitutivos de un contrato de trabajo frente a Bavaria & Cia. S.C.A. bajo la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, mediante el cual, prestó sus servicios el demandante en las instalaciones de la demandada como operador de montacargas desde el 19 de marzo de 2004, lo que activó la presunción consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que de ninguna forma fue desvirtuada por la demandada. En consecuencia, se **CONFIRMA** en este punto la sentencia apelada.

Por otra parte, el demandante solicita en el recurso de alzada la reliquidación de los derechos laborales y el reconocimiento de los contenidos en la convención colectiva o el pacto colectivo, o en su defecto, que se realice la reliquidación conforme el salario que devenga desde el momento de la reinstalación.

Pues bien, en interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la empresa demandada, indicó que desde el año 2002 o 2003, el cargo de montacarguista fue suprimido de la planta de la compañía y, por tanto, no se contratan personas en ese cargo, *“ese cargo como tal se contrata a través de un contrato de prestación de servicios que se hace con una empresa tercera, y la empresa es la que se presta el servicio del manejo y toda la operación de los montacargas que funcionan dentro de la empresa, siempre es con terceras personas no hay un cargo directo, que la empresa lo contrate como montacarguista”*.

No obstante, tal como lo refirió el testigo Héctor José Forero Gutiérrez, se advierte que en la convención colectiva del 23 de

diciembre de 2015, en el artículo 53 se indica el tope del incremento salarial para cada uno de los oficios de la empresa, entre los que se encuentra el de “operario de autoelevador” (f.º 89 vto.). Con los mismos propósitos, aparece mencionado el cargo en los pactos colectivos 2011-2014 y 2015-2017 (f.º 92-131).

Si bien, lo anterior genera dudas respecto de si existe o no en la empresa el cargo de montacarguista, pues las palabras “montacargas” y “autoelevador” indican lo mismo, en la medida en que se trata de una especie de ascensor destinado a elevar pesos en forma vertical, la verdad es que el demandante no cumplió con la carga de probar cuáles eran exactamente las funciones del cargo “operario de autoelevador”, ni que hubieran sido las mismas que ejerció con anterioridad al 1.º de junio de 2017, como tampoco acreditó el salario que la empresa demandada pagaba a quien ejercía ese cargo, sin que sea viable tener en cuenta para un eventual reajuste el salario que percibe actualmente, pues se reitera, no se acreditó que las funciones que desempeña en la actualidad como Ayudante de Oficina Grupo C (f.º 51-54, 58) son totalmente iguales a las que le correspondían al cargo al que pretende ser tomado como igual.

Ahora, en cuanto al reconocimiento de los derechos provenientes de la convención colectiva o el pacto colectivo, lo primero por decir es que resulta contradictorio invocar los pronunciamientos de la OIT respecto de la inconveniencia de que en las empresas existan pactos colectivos, y al mismo tiempo, solicitar la aplicación de los derechos reconocidos en el pacto colectivo celebrado entre la empresa y sus trabajadores.

De otra parte, según el artículo 481 del Código Sustantivo del Trabajo, el pacto colectivo resulta aplicable a los trabajadores no

sindicalizados. Sin embargo, está acreditado que el demandante hizo parte como miembro fundador de la Asociación Sindical de Montacarguistas y Operarios Autoelevadores de Colombia-Asmontacarcol, es más, fue en razón de esa garantía de miembro fundador de dicho sindicato, que tramitó un proceso judicial especial de fuero sindical para obtener su reinstalación, motivo suficiente para que no sean aplicables los beneficios del pacto (f.º 79-91 exp. digital 032 2015 00582 00 CD f.º 342).

En cuanto a la convención colectiva, tampoco es posible aplicar sus beneficios al trabajador, en la medida en que no se encuentra afiliado a ninguno de los sindicatos cobijados por sus disposiciones (Sinaltrainbec y Utibac).

Así las cosas, agotado el temario de apelación, se mantendrá íntegra e incólume la decisión de primera instancia, sin condena en costas, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

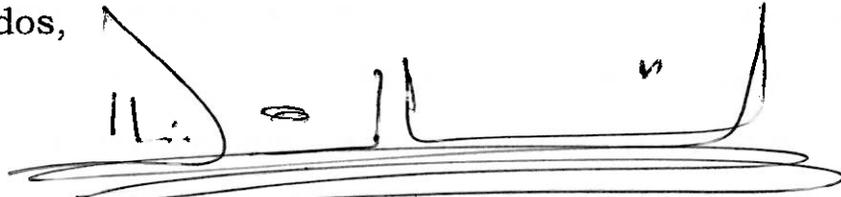
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de marzo de 2020, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LILIANA DEL PILAR GUTIÉRREZ GARCÍA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 022 2018 00630 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las entidades demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 17 de julio de 2020, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y proferir la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

En lo que interesa a la alzada, pretendió la demandante, que se deje sin efecto el traslado efectuado en el mes de septiembre de 2006 al R.A.I.S., administrado por PORVENIR S.A., y por ende, se invalide su renuncia al R.P.M., toda vez que no se le dio información respecto de su renuncia al régimen de transición, de un descuento anticipado del 4% del dinero ahorrado para pensión con destino a PORVENIR S.A., así como tampoco, de la contribución al fondo de solidaridad y mucho menos, que su pensión no sería vitalicia; se condene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todo el dinero recaudado por concepto de cotizaciones y aportes, sin descuentos de ninguna especie, desde el mes de septiembre de 2006.

Para el efecto, manifestó que nació el 5 de febrero de 1962; que cotizó al I.S.S. hoy COLPENSIONES, desde el 10 de julio de 1987; que a partir del mes de septiembre de 2006, se trasladó al R.A.I.S., Fondo PORVENIR S.A.; que para realizar dicho cambio de régimen no se le advirtió que no se le reconocería pensión vitalicia, sino un retiro programado con renta vitalicia diferida, que no importan las semanas de cotización, que de su ahorro se deben pagar las primas de seguros para atender la pensión de invalidez y sobrevivientes, ni que renunciaba al régimen de transición; que de haber conocido dicha información, no hubiese efectuado el cambio de fondo; y que actualmente cuenta con más de 1.612 semanas cotizadas a PORVENIR S.A. (f.º 24 - 31).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 25 de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas. (f.º 48).

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Indicó que dentro del expediente no obra prueba alguna que indique que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por la falta del deber de información, o que se evidencie que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; así mismo, manifestó que no se evidencia dentro de las solicitudes, nota de protesto o anotación alguna que permita inferir, que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria. Adicionalmente, indicó que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poder trasladarse en cualquier tiempo.

Propuso como excepciones de mérito, las denominadas inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (f.º 51-73).

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Señaló, que a la fecha del traslado se le suministró la información requerida sobre las características, ventajas desventajas, condiciones y diferencias entre los dos regímenes pensionales, razón por la que el traslado realizado por la demandante es válido, y se efectuó en ejercicio de su derecho de libre selección y escogencia.

Propuso como excepciones de fondo, las de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la innominada o genérica (f.º 95-106).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio. (f.º 50).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 17 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al R.A.I.S., acaecido el 14 de julio de 2006; y como consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación para que sea revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia. Manifestó, que para la fecha de traslado, a la demandante sí se le suministró información, razón por la cual no se debió acceder a las pretensiones de la demanda, las cuales no tienen sustento probatorio alguno, pues, simplemente se está pretendiendo la aplicación de la carga dinámica de la prueba, lo que vulnera la seguridad jurídica y el debido proceso, además, adujo que se le está condenando con base en la sentencia con rad. 33083 de la Honorable Corte Suprema de Justicia, la cual no se ajusta al caso concreto.

Además, respecto de la devolución de los gastos de administración, arguyó que la demandante siempre ha estado cubierta en sus riesgos de invalidez y sobrevivencia, sumado a que,

el a quo nunca indicó por qué se estaba condenando a la administradora por este concepto.

A su vez, la demandada **COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la sentencia proferida por el a quo en su totalidad, toda vez que con el traslado no se incurrió en ninguna prohibición legal, ya que se hizo en los términos del literal e, del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como lo consagrado en el Decreto 692 de 1994. Adicionalmente, manifestó que para la fecha del traslado, la demandante no tenía ninguna expectativa legítima y ningún derecho adquirido, y que en la actualidad, no se le está vulnerando ningún derecho pensional, pues la inconformidad de la demandante radica únicamente en el monto de su mesada pensional. Finalmente, indicó que de conformidad con los Artículos 9.º y 1509 del Código Civil, el error de derecho no es una causal de nulidad de los actos que generan derechos y obligaciones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, a partir de la providencia emitida dentro del presente proceso, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad. 59412; y CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad.

60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente, por parte de las entidades aquí demandadas.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 5 de febrero de 1962 (f.º 23); **ii)** que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el día 10 de julio de 1987 (f.º 9, 14-19); **iii)** que al 1.º de abril de 1994, tenía 138.16 semanas cotizadas al R.P.M.; **iv)** y que el 14 de julio de 2006, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 10-13, 110), donde actualmente se encuentra vinculada.

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema

general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989; reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 31314, dijo:

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de

carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los

sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL, 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, la mentada Corporación expuso:

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

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

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

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

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

En esta providencia, también se dijo:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, M.P. Doctor

Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, a folio 110, se avizora el formulario que la demandante suscribió el 14 de julio de 2006, con la A.F.P. Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son

suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”¹

Ahora bien, en lo que respecta a los argumentos esgrimidos por los apelantes, referentes a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que *“la reacción el ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

Por lo expuesto, resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

¹ CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”²

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la A.F.P. accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, entre ellos cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL 1421 de 2019, 10 abr. 2019, rad. 56174, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro

² CSJ SL 1688-2019, 8 may. 2019, rad. 68838

individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, 26 feb. 2020, rad. 70050, indicó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada devolver los gastos de administración cobrados y las primas de seguros, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»³, por lo que acertada resulta la decisión de primer grado.

Por todo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones, a juicio de la Sala, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A. el 14 de julio de 2006, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de

³ SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019.

administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

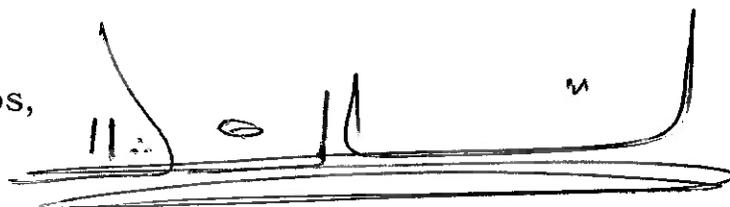
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de julio de 2020, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA FANNY ÁVILA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES S.A.**

EXP. 11001 31 05 023 2019 00290 01.

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 2020, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió la demandante, que se declarara que es beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Consecuencialmente, que se condenara a COLPENSIONES a reconocerle la pensión de vejez desde la fecha en que cumplió con los requisitos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; que le pagara las mesadas adeudadas con los respectivos intereses, y se le ordenara a dejar sin efectos las siguientes Resoluciones: Resolución n.º 033025 de 2010, expedida por el extinto I.S.S., Resolución n.º VPB 48891 del 12 de junio de 2015, Resolución n.º SUB 166063 de 23 de junio de 2018, y la Resolución n.º DIR 13867 del 30 de julio de 2018, que le negaron la pensión de vejez, todas estas expedidas por COLPENSIONES.

Para el efecto, manifestó que nació el 11 de noviembre de 1950; que actualmente tiene 68 años de edad; que al 1.º de abril de 1994, tenía más de 43 años; que para el año 2013, acreditó más de 1000 semanas cotizadas a COLPENSIONES; que mediante la Resolución n.º 033025 de 2010, le fue negada la pensión de vejez por el I.S.S.; que en la Resolución n.º VPB 48891 de 12 de junio de 2015, aparecen acreditados 7435 días laborados, esto es, 1062 semanas cotizadas; que mediante Resolución n.º SUB 166063 de 23 de junio de 2018, COLPENSIONES le negó la pensión de vejez; que el 12 de julio de 2018, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la mentada resolución, y que mediante la Resolución n.º SUB 194398 de 23 de julio de 2018, y la n.º DIR 13867 de 30 de julio de 2018, COLPENSIONES confirmó en todas y cada una de sus partes la Resolución n.º 166063 de 23 de junio de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 22 de mayo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a la demandada. (f.º - 65).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Manifestó, que la actora no cumple con el requisito de 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, entre el 11 de noviembre de 1985 hasta el 11 de noviembre de 2005, y que tampoco cumple con las 1000 semanas a 31 de julio de 2010, pues solo acredita 682 semanas. Propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación (f.º 69-75).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 17 de febrero de 2020, condenó a COLPENSIONES a reconocer a favor de la actora, la pensión de vejez a partir del 26 de abril de 2016, por la prescripción declarada parcialmente, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para la época (\$689.455,00), la cual deberá reajustarse anualmente conforme a lo estipulado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993; ordenó a COLPENSIONES para que descontara el porcentaje correspondiente a salud; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción; la absolvió de las demás pretensiones, y la condenó al pago de las costas.

El Juzgado, dio por establecido que la demandante era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de

1993, por cuanto al 1.º de abril de 1994, tenía más de 35 años edad, al haber nacido el 11 noviembre de 1950.

Estimó, que si también había quedado cobijada por el párrafo 4.º transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que a la entrada en vigencia de dicho acto contaba con 750 semanas de cotización, evento en el cual el beneficio de la transición se extendería hasta el 31 de diciembre de 2014, y para el efecto, encontró que a 22 de julio de 2005, cuando entró en vigencia este Acto, la demandante tenía cotizadas 749,65 semanas, pues hubo unas que no se le validaron por estar en mora el empleador, situación que al no afectar al trabajador, debían tenerse como válidas. Ese número de 749,65 las aproximó a 750, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia por faltarle menos del 0.5 de semanas de cotización.

Dijo, entonces, que la demandante era también beneficiaria del régimen de transición del Acto Legislativo 01 de 2005. Y como había cumplido los 55 años de edad el 11 de noviembre de 2005, y hasta enero de 2015, tenía cotizadas 1121 semanas, su pensión debía liquidarse de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990. Al hacer la liquidación, encontró que el monto era inferior al salario mínimo legal mensual vigente, por lo que debía ser ajustado.

Sobre la prescripción, estableció que la demandante había presentado varias reclamaciones, pero como acreditó el derecho a la pensión el 31 de diciembre de 2014 y cotizó hasta el 31 de enero de 2015, tuvo como fecha de interrupción de la prescripción la de la Resolución n.º VPB 48891 del 12 de junio de 2015, por lo que consideró que hasta el 14 de julio de 2018, la demandante podía demandar, y como lo hizo hasta el 26 de abril de 2019, las mesadas de tres años hacía atrás estaban prescritas.

IV. CONSIDERACIONES

Cumplidos como se encuentran los trámites de la segunda instancia, sin que se observen vicios de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Para el efecto, se estima que el problema jurídico a esclarecer, es si la actora es beneficiaria o no del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y determinar si procede o no, el reconocimiento a la pensión de vejez.

No hay duda de que la demandante nació el 11 de noviembre de 1950, lo que fue aceptado por la entidad demandada en la contestación a la demanda, y aparece reiterado en la historia de cotizaciones, y en las distintas resoluciones proferidas por el I.S.S., lo que indica que la demandante era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a 1.º de abril de 1994, contaba con 44 años de edad.

El parágrafo 4.º transitorio del Acto Legislativo 1.º de 2005, estableció que los beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, seguirían cobijados por dicho régimen, si a la entrada en vigencia del Acto Legislativo tenían mínimo 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicio.

La Sala tiene en cuenta la historia de cotizaciones del demandante (f.º 47 - 53), que fue expedida el 20 de marzo de 2018, y en la cual aparece que los pagos efectuados anteriores a 1995 comprenden a 3592 días, de los cuales no se le tuvieron en cuenta 851, por *“período en mora por parte del empleador”*, los cuales, sin embargo, deben validarse porque no hay constancia de que se hubieran ejercido las correspondientes acciones de cobro u omisión que no

pueden ser imputadas al trabajador. De esos 3592 días, hay 57 semanas simultáneas de los empleadores "PE&UELA PADILLA SALOMÓN" y "EDIFICIO AMÉRICA", que son 399 días, que descontados de los 3592, se arroja un resultado de 3193 días de cotización pagados antes de 1995, equivalentes a 456,14 semanas.

Después de 1995, según la misma historia de cotizaciones, entre noviembre de 1981 y el 25 de julio de 2005, cuando entró en vigencia el Acto Legislativo de ese año, la demandante registra 67 semanas de cotización de 30 días (2010), más unas semanas de 23 días del mes de agosto de 2000, y otras semanas de 25 días del mes de julio de 2005, que dan un total de 2058 días, que equivalen a 294 semanas válidas de cotización.

Al sumarse las semanas cotizadas antes y después de 1995, es decir, 456,14 más 294, el resultado es de 750,14 semanas cotizadas hasta el 25 de julio de 2005, lo que sin duda alguna, corrobora que la demandante seguía siendo beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que siguió rigiendo para sus beneficiarios hasta el 31 de diciembre de 2014, según el citado párrafo 4.º transitorio.

Entonces, a pesar de que el juzgado encontró una cifra ligeramente inferior, pero que acertadamente aproximó al múltiplo más cercano por superar el 0.5 de cotización, lo cierto, es que de todos modos la demandante, por ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Parágrafo 4.º Transitorio del Acto Legislativo de 2005, tenía derecho a la pensión de vejez del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, en caso de los requisitos los tuviera satisfechos hasta el 31 de diciembre de 2014.

Por ende, como cumplió los 55 años de edad el 11 de noviembre de 2005, y según la citada historia de cotizaciones, tenía 1057 semanas cotizadas hasta enero de 2015, se colige que tenía acreditados los requisitos para la pensión de vejez, ya que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, exigía 55 años de edad para las mujeres, 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de dicha edad, o 1000 en cualquier época.

De otro lado, examinadas las operaciones que hizo el juzgado para liquidar la pensión de vejez, la Sala las encuentra también acertadas, pues el monto era inferior al salario mínimo legal mensual vigente en la época de causación, por lo que el monto de la mesada debía ajustarse a dicho salario mínimo por mandato legal.

Tampoco, encuentra la Sala reparo a la decisión del juzgado sobre la excepción de prescripción, pues con la Resolución n.º VPB 48891 del 12 de junio de 2015, puede entenderse que desde esa fecha comenzó a correr el término de prescripción del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que la demandante podía presentar la demanda hasta el 12 de junio de 2018; así las cosas, como la presentó el 26 de abril de 2019, las mesadas causadas desde el 26 de abril de 2016, hacía atrás se encuentran prescritas, y el disfrute real y efectivo de las mesadas debe ser a partir de esta última fecha.

En consecuencia, se confirmará la sentencia que se consulta en favor de COLPENSIONES, únicos aspectos que le fueron desfavorables, pues fue absuelta de las demás pretensiones, y la parte demandante no interpuso apelación contra la sentencia.

Sin costas en la consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

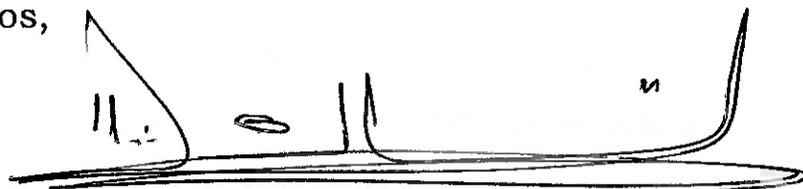
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de febrero de 2020, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en la consulta.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA