

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS FABIAN VASCO MEJIA contra
ADVICON & CIA LTDA. RADICADO 2017 00021 01 Juz 35.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de abril de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LUIS FABIAN VASCO MEJIA demandó a ADVICON & CIA LTDA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3.

- Contrato de trabajo
- Aportes a pensión desde el 17 de agosto de 1992 y el 02 de mayo de 2001.
- Indemnización moratoria del art. 65 del CST.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 y 3. Se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido el 17 de agosto de 1997, se desempeñó como vigilante, su salario fue variable, entre el 17 de agosto de 1992 y el 02 de mayo de 2002 la demandada no efectuó los aportes a pensión.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demanda contestó en los términos del escrito visible a folios 44 a 49.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la existencia del contrato de trabajo el cual se desarrolló de forma intermitente, el cargo y salario.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación por activa y cobro de lo no debido.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual ordenó a la demanda pagar a la AFP donde esté afiliado el actor el cálculo actuarial

correspondiente a los periodos 1993/9, 1995/01 al 1995/04, 1996/09 al 1999/01, 1999/09 y 2000/05 al 05/2001 para lo cual se debía tomar el salario mínimo legal mensual vigente para cada ciclo. Llegó a esa determinación al dar valor probatorio a la certificación que se aportó a folio 6 en el que consta la vinculación laboral entre el 17 de agosto de 1992 y el 30 de octubre de 2015, en lo que respecta al salario lo determinó en un mínimo legal para cada anualidad como quiera que no se acreditó otra cuantía, ordenó el pago del cálculo por los ciclos 1993/9, 1995/01 al 1995/04, 1996/09 al 1999/01, 1999/09 y 2000/05 al 05/2001 porque estos son los periodos faltantes en la historia laboral y absolvió de la indemnización moratoria del art. 65 del CST porque esta procede solo para la mora en el pago de salarios y prestaciones sociales.

Recurso de Apelación

La demandada considera que su actuar se ha ajustado a la realidad y los pagos efectuados corresponden a la prestación del servicio, el actor ha laborado con la empresa de forma interrumpida. La información que registra Colpensiones para el año 1992 permite colegir que en esa anualidad el demandante estaba al servicio de otra empresa, lo que desvirtúa el extremo inicial de la certificación laboral en la que se apoyo el juez. El salario base determinado por el juez no es el correcto y para ello se debe verificar el contenido de la historia de Colpensiones. El último aporte que hizo corresponde a febrero del año 2001.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio en esta etapa.

Parte demandada: Adujo que el A quo desconoció el conducto regular previsto para la consolidación de la pensión, ya que al devolver los aportes a pensión al demandante, no se cumplirían con las obligaciones que por destinación legal tienen dichos recursos.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de alzada procede La Sala a establecer si la demandada debe reconocer el cálculo actuarial por los ciclos ordenados por el juez en virtud del contrato de trabajo que existió entre las partes desde el 17 de agosto de 1992 y el 30 de octubre de 2015.

Contrato de trabajo

El actor para probar la existencia del contrato de trabajo aportó la certificación que milita a folio 6, en la que se indica que LUIS FABIAN VASCO MEJIA laboró para la compañía ADVICON & CIA LTDA entre el 17 de agosto de 1992 y el 30 de octubre de 2015 en el cargo de vigilante, sin especificar cual fue el salario devengado ni hacer alusión a interrupciones en el contrato, por ende la vinculación se reputa continua y sin solución de continuidad. Respeto a la validez de estos documentos La Sala se remite a lo expuesto por la Corte

Suprema de Justicia en Radicado No 69175 - SL 2600-2018, M. P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en el que respecto a las certificaciones expedidas por el empleador, preciso:

"Ahora, si bien esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad», paralelamente también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (SL14426-2014; SL6621-2017)."

Dicho esto, es de indicar que si bien la convocada a juicio pretende desvirtuar el contenido de la información certificada, en especial los extremos de la relación laboral, en el hecho de que tal documento fue expedido por una funcionaria que no revisó los archivos de la empresa en forma juiciosa, lo cierto es que este aspecto no es suficiente para restar eficacia a la certificación emitida por la empresa, por ende su contenido La Sala lo reputa como cierto, por eso los argumentos relacionados con que el actor estaba para el año 1992 al servicio de otro empleador, al margen de que su manifestación sea cierta o no, en el asunto tal circunstancia en nada incide en la decisión del juez, en la medida en que para ese año no existe ninguna orden de pago, pues el primer período a cancelar data de septiembre de 1993. En cuanto a los salarios con los cuales se debe hacer el cálculo la demandada indica que se tienen que tomar los que obran en la historia laboral de Colpensiones, los que coinciden en la mayoría con las cuantías determinadas para el salario mínimo legal mensual vigente de cada año (pues hay años que fueron cotizados con un valor inferior) en consecuencia la orden de calcular el Ingreso Base de Cotización con el salario mínimo vigente para los años 1993, 1995, 1996 a 1999, 2000 y 2001 también se confirma.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

COSTAS.

Costas. - Las de primera instancia se confirman; las de alzada estarán a cargo del apelante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de agosto de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman; las de alzada estarán a cargo del apelante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ENITH ROCIO COBOS JAIME y JOHANNA ALEXANDRA MARIN RIOS contra INSTITUTO AUXILIAR DE COOPERATIVISMO GESTION ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, MEDIMAS SAS Y CAFESALUD EPS. Rad. 2017 00581 02 Juz 31.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de noviembre dos mil veinte (2020), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ENITH ROCIO COBOS JAIME y JOHANNA ALEXANDRA MARIN RIOS demandaron al INSTITUTO AUXILIAR DE COOPERATIVISMO GESTION ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, MEDIMAS SAS Y CAFESALUD EPS para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 154 a 156.

- Contrato de trabajo desde el 20 de octubre de 2015 al 19 de julio de 2016
- Indemnización por despido injusto
- Prestaciones sociales
- Vacaciones
- Indemnización moratoria
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls 152 a 154. Las demandantes el 20 de octubre de 2015, se vincularon con la Cooperativa AIC GESTIÓN ADMINSITRATIVA EN LIQUIDACION para laborar al servicio de la EPS CAFESALUD en desarrollo de las actividades propias del objeto social de la EPS. El 19 de julio de 2016 las obligaron a renunciar y pasaron a laborar directamente con la EPS CAFESALUD,

posteriormente mediante la figura de la sustitución patronal continuaron laborando con la EPS MEDIMAS. El cargo ejercido fue de enfermera auditora, la labor fue prestada de forma personal, se hicieron parte en el proceso liquidatorio de la Cooperativa, pero no se han pagado sus acreencias.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTION ADMINSITRATIVA EN LIQUIDACION** contestó en los términos del escrito visible a folios 192 a 195 y 243 a 246.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- No formuló excepciones de mérito.

La **AFP MEDIMAS** contestó en los términos del escrito visible a folios 260 a 273.

- Se opuso a las pretensiones.
- Acepto los hechos relacionados con la vinculación laboral a partir del 01 de agosto de 2017, la sustitución patronal con Cafesalud y que el cargo desempeñado por las demandantes fue PROF AUDIT ENFERM AUTORIZACIONES NO POS.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

CAFESALUD EPS SA contestó en los términos del escrito visible a folios 485 a 499.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, prescripción temeridad y mala fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN y ENITH ROCÍO COBOS JAIME por el periodo comprendido entre el 20 de octubre del 2015 al 19 de Julio de 2016. Condenó a IAC Gestión Administrativa en Liquidación (como empleador) y a CAFÉSALUD EPS S.A. como beneficiario de la obra, a cancelar a la demandante ENITH ROCÍO COBOS JAIME por concepto de cesantías \$1.645.500, prima de servicios \$1.645.500, vacaciones \$822.750, intereses a las cesantías \$148.095 y sanción moratoria (liquidada entre el 20 de julio al 14 de diciembre de 2016) \$10.750.600. También declaró el contrato de trabajo con la misma empresa y la demandante JOHANA ALEXANDRA MARÍN desde el 20 de octubre del 2015 al 19 de Julio de 2016, condenó a IAC Gestión Administrativa en Liquidación y a CAFÉSALUD EPS S.A. solidariamente a cancelar a JOHANA ALEXANDRA MARÍN por concepto de cesantías \$1.645.500, prima de servicios \$1.645.500, vacaciones \$822.750, intereses a las cesantías \$148.095 y la sanción moratoria \$10.750.600 (liquidada entre el 20 de julio al 14 de diciembre de 2016).

Llegó a esa determinación al concluir que IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN fue el verdadero empleador de las demandantes, con esta empresa se suscribió los contratos de trabajo y ella era la que pagaba las nóminas, descartó la sustitución patronal con MEDIMAS SA porque con esta EPS se suscribió un nuevo contrato de trabajo, del cual no existió reclamos y los declarantes manifestaron que esa EPS ha cumplido con sus obligaciones como empleador. Absolvió de la indemnización por despido injusto ya que no se demostró ningún despido indirecto. De los contratos de prestación de servicios y de mandato, suscritos por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN y CAFÉSALUD EPS S.A., concluyó la prosperidad de la condena solidaria en los términos del art. 34 del CST, ya que las actividades desempeñadas por las demandantes al servicio de CAFÉSALUD EPS S.A., no son actividades extrañas a la EPS y si son indispensables para el desarrollo del objeto social de CAFESALUD.

Recurso de Apelación

IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, alegó que las demandantes se presentaron dentro del proceso liquidatorio y allí fueron reconocidas como acreedoras donde próximamente se van a cancelar las respectivas acreencias.

CAFESALUD EPS, dijo que, si bien fueron suscritos contratos de prestación de servicios y de mandato entre la EPS y IAC, estos no lo fueron para desarrollar actividades propias del giro ordinario de las labores de CAFESALUD, ya que el apoyo en las respuestas de las tutelas no hace parte del objeto social de la EPS. Resalta que en el asunto no se tuvo en cuenta el interrogatorio de JOHANA MARÍN quien afirmó que atendía a varios usuarios de CRUZ BLANCA, CAFESALUD y SALUDCOOP, de lo que se colige que el contrato del que se benefició la EPS es uno de los tantos contratos que suscribió IAC con empresas del grupo SALUCOOP. En ese orden no es admisible que la actora preste simultáneamente los servicios a 3 empresas diferentes de las cuales difiere su objeto social. Considera que no hay prueba de un vínculo laboral entre las demandantes y la EPS.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Las partes hicieron uso de esta etapa procesal en la oportunidad respectiva.

CONSIDERACIONES

No se discute la existencia de la relación laboral, los extremos, el salario, que la empresa IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN adeuda a las demandantes las prestaciones sociales las cuales aún no han sido cubiertas, ni la cuantía de cada concepto condenado por el A quo. En consecuencia, procede La Sala a resolver los recursos interpuestos por las demandadas.

En lo que respeta a los argumentos expuestos por IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN, donde señala que las demandantes hacen parte del proceso liquidatorio y que fueron reconocidas como acreedoras, es de indicar que conforme a los hechos de la demanda y la contestación, se advierte que las actoras se hicieron parte en el proceso liquidatorio y que allí no se les reconoció ninguna acreencia

porque el empleador aceptó no tener con que cancelar tales rubros (hechos 20 y 21 – fl 154 y 244 vuelto). Al proceso se aportó a folios 109 y 123, formulario de reclamación de prestaciones sociales elevados por las demandantes en el año 2017, de la Resolución No 20161400007565 del 14 de diciembre de 2016 (fls 214 a 221) se observa que la demandada IAC está en proceso de liquidación forzosa, también se cuenta con la comunicación radicada ante la Superintendencia de Economía Solidaria (fls 205 a 209) donde informa AIC el 20 de febrero de 2017, que está ilíquida, su capital asciende a la suma de \$10.000.000 y no cuenta con capacidad financiera para responder por las acreencias de sus empleados, en los folios 603 a 638, se aportó la Resolución No. 201800002 del 27 de septiembre de 2018, por medio de la cual se decidió sobre el reconocimiento, calificación, graduación y/o rechazo de las reclamaciones presentadas en el proceso de liquidación forzosa, y se determinó que el pasivo a cargo de la demandada INSTITUCION AUXILIAR DEL COOPERATIVISMO GESTION ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACION, ascendía a la suma de \$1.244.723.466,23, en cuanto al pago de salarios y prestaciones sociales causados al momento de la liquidación, los mismos fueron relacionados en el anexo 1, donde se reconocieron 1.188 acreencias de carácter laboral por la suma de \$4.431.067.239, sin embargo, al plenario no se aportó tal anexo a fin de determinar y verificar las condiciones en las que se encuentran las demandantes, aunado a la manifestación de iliquidez de la empresa. Por lo anterior las trabajadoras acudieron al proceso judicial a reclamar el pago de sus acreencias, como quiera que dentro del proceso de la liquidación no encontraron solución alguna a sus reclamos. Por esta razón la condena impartida por la Juez de Instancia resulta procedente, pues si bien la liquidación de una empresa impone a su liquidador la obligación de adelantar las gestiones tendientes al pago de las acreencias laborales de sus asalariados, tal circunstancia no impide que los trabajadores acudan al proceso judicial cuando no encuentran allí una solución pronta y oportuna para proteger sus derechos.

Solidaridad

Frente a la condena solidaria alegada por la demandada CAFESALUD EPS, ésta se fundamenta en el hecho de que la EPS siempre fue la beneficiaria de las actividades desempeñadas por las demandantes, en ese orden se ha de acudir al art. 34 del Código Sustantivo del Trabajo, que prevé:

"ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.

*1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. **Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.***

*2o) **El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.***"

Dicho esto, procede la Sala a analizar el material probatorio aportado a fin de determinar si es procedente la condena solidaria impuesta por la juez de instancia.

Se cuenta con **el interrogatorio de parte** rendido por el representante legal de **CAFESALUD EPS**, quien indicó que entre la EPS e IAC Gestión Administrativa se suscribió un contrato de prestación de servicios, que el empleador de las demandantes fue IAC, indicó que el enfermero auditor se encarga de las autorizaciones del servicio de salud, y del estudio previo para que los abogados hagan la correspondiente defensa de las Entidades respecto de las tutelas. Dijo que tal cargo no es indispensable para CAFÉSALUD, pero la EPS cuenta con ese cargo de planta, porque puede haber un número determinado de tutelas que se deben atender a fin de hacer todo el estudio y las autorizaciones médicas. En virtud de la relación comercial se delegó ciertos objetivos y prestación del servicio a IAC, por eso Johana Alexandra trabajó elaborando tutelas para Cafésalud, posteriormente ella pasó a trabajar directamente con la EPS.

EL **representante legal de MEDIMÁS EPS**, dijo que las demandantes laboran en la EPS como profesionales auditoras en el área de autorizaciones de servicios de salud en las sedes de Medimás.

La demandante **ENITH ROCÍO COBOS JAIME** labora con MEDIMAS desde el 1 de agosto de 2017, fue contratada por IAC Gestión Administrativa el 20 de octubre de

2015, para trabajar con Cafésalud EPS, IAC era quien pagaba las nóminas, se les paso una preforma para renunciar y poderse vincular con Cafésalud directamente, sus funciones era responder las tutelas que interponían los usuarios afiliados a las EPS Cafésalud, Cruz Blanca y Saludcoop, y se encarga del soporte médico para que los abogados dieran las respuestas jurídicas a los juzgados.

JOHANA ALEXANDRA MARÍN RIOS en su interrogatorio indicó que labora en la actualidad con Medimas a partir del 1 de agosto del 2017, con IAC Gestión Administrativa se vinculó desde el 20 de octubre del 2015, el 19 de julio de 2016 renunció para desempeñar el cargo de enfermera auditora directamente con CAFÉSALUD. El pago del salario y aportes a seguridad social los realizaba IAC. Atendía usuarios del Grupo Saludcoop, inicialmente hacia auditorías de tutelas para Cafésalud, Cruz Blanca y Saludcoop IPS. Cuando firmó contrato con IAC siempre prestó sus servicios a Cafésalud.

La testigo **SANDRA JANETH CONTRERAS PEÑALOSA** odontóloga vinculada con las demandadas, y a (quienes llamó a juicio para el pago de sus prestaciones), dijo que conoció a las demandantes, cuando llegó (24 de noviembre de 2015) a trabajar en las instalaciones de CAFESALUD en el edificio de la 95 con autopista, ellas (demandantes) eran enfermeras auditoras de tutelas, no conoce sus procesos de contratación. Fueron trasladadas (las demandantes) el 21 de julio de 2016, a la sede de la 108 con autopista, a Enith la pasaron para autorizaciones de servicios de salud. Cuando la testigo las conoció trabajaban ahí en CAFESALUD y tenían contrato con IAC, después renunciaron para firmar contrato directamente con Cafésalud, los salarios los cancelaba IAC, desde la vinculación con IAC se les dijo que iban a trabajar para CAFÉSALUD. A Enith y a Johana se les adeuda la liquidación de las prestaciones sociales. IAC era la encargada de talento humano en Cafésalud, todas sus funciones eran para Cafésalud. Tiene entendido que IAC hace parte de las empresas del grupo Saludcoop y manejaba toda la nómina. El horario era de 7 a.m. a 4:30 p.m., el salario ascendía a la suma de \$2.740.000 más o menos y a todos les pagaban lo mismo. Las demandantes se encargaban del concepto técnico para dar respuesta a las tutelas, Miguel Diago y Yamile Cediél hacían parte de las empresas de Saludcoop y ellos eran los que asignaban el aplicativo para atender determinado número de tutelas. Las empresas de Saludcoop eran Cruz blanca, Cafésalud y Salud total. Las solicitudes de permisos y vacaciones se presentaban a Yamile Cediél quien era funcionaria de Cafésalud.

La testigo **SANDRA ELIANA POVEDA FANDIÑO** (médica auditora también demandó a las mismas partes de este proceso por el pago de sus prestaciones sociales). Dijo que Enith Rocío inició labores el 20 de octubre del 2015, en las instalaciones del paralelo de la 108 con Autopista Norte, allí iniciaron proceso con Cafésalud para la inducción en auditoria de tutelas, las demandantes eran enfermeras auditoras. El contrato laboral fue firmado con IAC para trabajar para Cafésalud. El 21 de junio del 2016, firmaron contrato con Cafésalud y después hubo una sustitución patronal con MEDIMAS (1 de agosto de 2017) se les cambió el contrato pero siempre desempeñaron las mismas funciones, las cuales consistían en recibir la tutela, revisar el sistema de Cafésalud, emitir un concepto con fundamento en la ley 100, explicar a los abogados como debían proceder para cumplir las tutelas y esa información también era remitida al correo institucional de Cafésalud. En cuanto a Johana Alexandra, ocurrió lo mismo, las dos están ahora en MEDIMAS, hacen autorizaciones de medicamentos y servicios fuera del plan obligatorio de salud. Los conceptos rendidos durante todas las vinculaciones laborales fueron cargados al sistema de Cafésalud, por ese medio se recibía el listado de los soportes de las solicitudes de los usuarios de Cafésalud, y a través del sistema se autorizaba la entrega de medicamentos, laboratorios o procedimientos a fin de dar continuidad a los tratamientos médicos. IAC solo les canceló salarios y aportes a seguridad social, ellos manejaban la nómina de CAFESALUD. La jefe en la EPS era la Doctora YAMILE CEDIEL, ella impartía las instrucciones en todo lo relacionado con las tutelas, trabajaron las tutelas dirigidas contra Cafésalud, en el horario de Cafésalud. Las tutelas estaban relacionadas con la atención de los pacientes, todos hacían lo mismo sin importar que fueran médicos o enfermeras.

Aunado a las anteriores declaraciones se cuenta a folios 111 a 114, con reporte de tutelas asignadas a Johanna Alexandra Marín Ríos en el primer semestre del año 2016 y se registra que la empresa accionante es CAFÉSALUD. El agente liquidador de IAC en informe radicado ante la Superintendencia de Economía Solidaria (fls 205 a 209) el 20 de febrero de 2017 dijo que:

“Es evidente que el pasivo de la entidad en liquidación corresponde en mayor proporción al ítem netamente laboral y que los trabajadores a los cuales son los titulares de dichas acreencias prestaron sus servicios a SALUCOOP EPS OC EN LIQUIDACIÓN, CAFESALUD EPS y CRUZ BLANCA EPS carecen de liquidez para pagar sus gastos de administración y no tiene respaldo patrimonial alguno para pagar las acreencias reclamadas, quienes en virtud de contratos de mandato con representación, con el fin de trasladar las obligaciones propias del patrono; desplazaron dicho pasivo laboral a IAC GESTION

*ADMINISTRATIVA – EN LIQUIDACIÓN entidad que al día de hoy **NO CUENTA CON AL DISPONIBILIDAD DE ACTIVOS NI MUCHO MENOS BIENES para asumir el pago del mismo***

Continuando con la lectura de la resolución se encuentra lo siguiente:

*“Pues bien, en esta ocasión las circunstancias surgen de una relación que sostuvieron varias de las empresas del **GRUPO SALUCCOOP** con un número de trabajadores que estas mismas organizaciones vincularon a la Institución Auxiliar del Cooperativismo cuya creación fue patrocinada por estas compañías con el ánimo de hacerse a la prestación de servicios personales sin comprometer esas firmas en responsabilidades propias de las relaciones de trabajo a las que, en últimas, estaban obligados.*

*De esta manera se creó una organización auxiliar del cooperativismo que prestaba servicios a través del personal vinculado a empresas que no eran parte del sector cooperativo, pero que formaban parte del **GRUPO SALUCCOOP**, bajo la dirección y manejo de directivos de la organización a través de sus empresas dentro del marco funcional y misional que desarrollaban estas compañías.”*

El objeto principal de la demandada IAC Gestión Administrativa (fl. 196), según su certificado de existencia y representación legal, es: *“(...) incrementar y desarrollar el sector cooperativo mediante el cumplimiento de actividades orientadas a proporcionar preferentemente a los organismos competentes del sector cooperativo el apoyo o ayuda necesaria para facilitar el mejor logro de sus propósitos económicos y sociales, para tal efecto la institución desarrollará la línea de actividades por medio de outsourcing siendo su objeto la prestación de todos los servicios de gestión administrativa, comercial y jurídica que cualquier persona natural o jurídica requiera y en **especial de las Entidades Promotoras de Salud deben adelantar dentro del proceso de afiliación, recaudo, compensación, contratación, planeación y en general todas la actividades relacionadas con el desarrollo de la gestión que se requiera para garantizar la prestación del servicio público en seguridad social en salud a sus afiliados**” (negrita fuera de texto)*

A folios 500 a 505, se aportó contrato de mandato DNC-CF-0383-2014 suscrito entre Cafésalud EPS y IAC Gestión Administrativa, cuyo objeto consiste en: *“El mandatario se obliga por su cuenta y riesgo, con la debida diligencia que acostumbra realizar las actividades que se encuentran dentro de su objeto social y que se describen en cada una de las obligaciones del presente contrato así como las demás funciones complementaria que requiere el mandante ejecutando los trabajos y demás*

*actividades y funciones de conformidad con las cláusulas y condiciones del presente contrato. **PARAGRAFO UNICO.** - Las partes acuerdan que el presente mandato que se confiere a través de este documento conlleva la representación del mandante. A folio 506 a 511, milita contrato DNC-CF-0384-2014 prestación de servicios profesionales suscrito entre CAFÉSALUD EPS y IAC GESTIÓN ADMINISTRATIVA, con sus OTROSÍ, y su objeto es "por medio del presente contrato el contratista se obliga para que con CAFÉSALUD EPS por su cuenta y riesgo con la debida diligencia que acostumbra realizar las actividades que se relacionan en el anexo 1 - ACUERDO NIVEL DE SERVICIOS el cual hará parte integral del presente contrato y aquellas actividades que se encuentran dentro de su objeto social y que se describen en cada una de las obligaciones del presente contrato, así como las demás funciones complementarias que requiera CAFÉSALUD EPS ejecutando los trabajos y actividades y demás funciones de conformidad con las cláusulas y condiciones del presente contrato".*

De conformidad con lo anterior, para La Sala queda claro que la INSTITUCIÓN AUXILIAR DE COOPERATIVISMO GESTION ADMINISTRATIVA EN LIQUIDACIÓN utilizó la figura del contrato de trabajo para desplegar actividades de intermediación laboral, al suministrar trabajadores para la demandada CAFÉSALUD EPS, y de esta manera ocultar la existencia de la verdadera relación de trabajo que existió entre la EPS y las demandantes, y esto es así, por que las promotoras del proceso durante la vinculación laboral que se demanda con IAC desarrollaron actividades relacionadas con el objeto social de la EPS, pues todo el trámite que implica una acción de tutela desde su respuesta, cumplimiento del fallo e incidente de desacato, estuvo a cargo de las demandantes, quienes eran las encargadas de emitir los conceptos con fundamento en la ley 100/93 y redireccionar las respuestas a jurídica. Estas acciones constitucionales conforme el dicho de la testigo **SANDRA ELIANA POVEDA FANDIÑO** (médica auditora) estaban relacionadas con la prestación de los servicios médicos a cargo de la EPS y sus afiliados, y es por eso que se concluye que las funciones desplegadas por las demandantes están directamente relacionadas con el objeto social de CAFÉSALUD EPS, y de los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos entre IAC y la EPS. Funciones que como lo concluyó la juez de instancia no son extrañas ni ajenas a la EPS, y si resultan necesarias para el desarrollo del servicio de salud que presta CAFÉSALUD S.A. por eso al haberse beneficiado del trabajo desarrollado por las demandantes es que debe responder solidariamente por las condenas impartidas por la juez de primer grado.

Suficientes estas consideraciones para **confirmar** la decisión apelada.

COSTAS.

Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las apelantes. Se fija la suma de quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho para cada una de las demandadas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

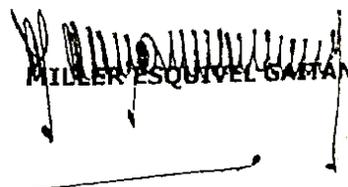
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de marzo de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las apelantes. Se fija la suma de quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como agencias en derecho para cada una de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS ALBERTO CALLE VARÓN
CONTRA PORVENIR S.A. Rad. 2017 00591 01 Juz 11.**

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días de marzo de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

LUIS ALBERTO CALLE VARÓN demandó a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl.3.

- Pensión de sobrevivientes.
- Retroactivo
- Intereses moratorios.
- Costas.

Los hechos se describen a fls 2 y 3. Valentina Calle Cadena (hija del demandante) falleció el 02 de marzo de 2015, durante sus últimos siete años de vida vivió con su progenitor, Margarita Rosa Cadena (mamá de la causante) vive desde hace diez años en los Estados Unidos. El actor el 29 de septiembre de 2015 solicitó a PORVENIR S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes la cual fue negada. CALLE VARÓN dependía económicamente de su hija, en el año 2014 fue diagnosticado con cáncer de próstata y esto le ha impedido trabajar y realizar actividades físicas, cuenta con 65 años de edad y actualmente esta desamparado económicamente.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad, PORVENIR contestó en la forma y términos del escrito visible a fls. 45 a 54.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha del deceso de la afiliada, las personas que se indica son los progenitores de la causante y la vinculación a la AFP.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de las obligaciones que se pretenden a cargo de la AFP, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por activa, buena fe y prescripción.

En auto del 23 de octubre de 2017 (fl. 24) el juzgado dispuso la vinculación de MARGARITA ROSA CADENA GUTIERREZ en calidad de progenitora de la causante cuya pensión de sobrevivientes se pretende, quien debió ser llamada como tercera excluyente. En auto del 05 de febrero de 2019 (fl. 94) se tuvo por no contestada la demanda por la interviniente CADENA GUTIERREZ.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso condenar a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a LUIS ALBERTO CALLE VARÓN la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su hija VALENTINA CALLE CADENA, a partir del 02 de marzo de 2015 en cuantía igual a 1 SMLMV, con los respectivos ajustes legales, el retroactivo causado desde esa fecha hasta que se incluya en nómina, trece mesadas pensionales debidamente indexadas y autorizó los descuentos en salud. Llegó a esa determinación, luego de verificar que fueron acreditados los requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes previstos en el art. 13 de la Ley 797/03 a favor del demandante, específicamente el de dependencia económica, toda vez que, del material probatorio se logró constatar la existencia de ese requisito, decisión que fundamentó en lo expresado por la CSJ SL en sentencias con radicado 6690, 3630 y 311 de las anualidades 2014. Absolvió a PORVENIR S.A. del pago de los intereses de mora deprecados, al considerar que no existió mora por parte de la administradora, como quiera que para el momento de la solicitud del demandante no se tenía reconocido derecho alguno, por cuanto se debió acudir ante la justicia ordinaria para que se determinará la existencia de lo pretendido. Respecto a la excepción de prescripción propuesta por la demandada, la declaró no probada toda vez que entre el momento en que se definió el derecho pensional y la fecha de la demanda no transcurrió el término trienal previsto en el art. 488 del CST y 151 del CPTSS.

Recurso de apelación

El apoderado de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, con el fin de que se revise el material probatorio en su totalidad, como quiera que el A quo desconoció el contenido del formulario de solicitud de pensión de sobrevivientes suscrito por el demandante, por cuanto en el consagro que no convivía con la causante y que tampoco dependía económicamente de ella, por lo que de no probarse la existencia de tal dependencia, no le asiste derecho al reconocimiento de la prestación incoada.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: indica que la sentencia proferida se encuentra ajustada a derecho, pues quedó demostrado que el promotor del proceso, acreditó el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes según lo dispuesto en el art. 46 de la Ley 100/93.

Parte demandada: manifiesta su desacuerdo con el A quo, toda vez que el actor no demostró la dependencia económica dispuesta por la ley y la jurisprudencia, ya que este sufragaba sus propios gastos al momento del fallecimiento de su hija, además que CALLE VARÓN contaba con el apoyo de la progenitora de VALENTINA CALLE. Adujó que es prueba suficiente que el demandante, no dependía económicamente de su hija tal como lo declaró en el formulario de solicitud presentado a esa administradora.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si CALLE VARÓN tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes pretendida.

Pensión de Sobrevivientes

No se controvierte que VALENTINA CALLE CADENA falleció el 02 de marzo de 2015 (fl. 7), que el demandante es el progenitor de CALLE CADENA (fl. 8 registro civil de nacimiento) y que la densidad de semanas dentro de los 3 años anteriores a la muerte

está satisfecha, como quiera que CALLE CADENA cotizó entre el 02 de marzo de 2012 y el 02 de marzo de 2015, 150 semanas. Ahora, teniendo en cuenta la fecha del deceso, la norma que gobierna la prestación son los artículos 12¹ y 13² de la Ley 797 de 2003 que modificaron los artículos 46, 47 y 74 de la Ley 100 de 1993.

En lo que respecta al requisito de la dependencia económica del demandante frente a su hija fallecida, la cual considera la demandada no se demostró, se debe reiterar que la exigencia del literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no implica una dependencia total y absoluta del beneficiario respecto a los ingresos económicos que percibía del causante y por consiguiente no excluye la existencia de otras fuentes de recursos, propios o provenientes de otras personas. Así lo ha considerado de antaño la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencias como la SL 400 – 2013 con Radicación No. 38434 cuyo ponente fue el Dr. Rigoberto Echeverri Bueno³, reiterado en la SL14539-2016 con Radicación No 52951 cuyo ponente fue el Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas⁴. En ese orden la dependencia económica, no limita que los padres perciban ingresos por su propio trabajo o recursos de otras fuentes, siempre y cuando esto no los convierta en autosuficientes, conforme lo indicado en la SL1218-2021, en la que se precisó:

¹ *Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

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

² *D) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente.*

³ *“El Tribunal no pudo incurrir en los dislates de que lo acusa la censura, pues su decisión se encuentra soportada en lo que constituye la actual jurisprudencia de la Sala, reiterada en múltiples ocasiones, como la sentencia del 4 de diciembre de 2008, radicación 30385, donde se definió el concepto de la dependencia económica de los padres respecto del hijo (...)*

El hecho de que la dependencia de la demandante respecto del causante no fuera total y absoluta no descarta la colaboración que el extinto Jhon Nelson Tello Piñeros le dispensaba a aquélla, en procura de satisfacer sus necesidades básicas.

No se trata, como lo sugiere la censura, de que quien reclama la prestación por muerte de su hijo se encuentre en estado de indigencia para que pueda acceder a su disfrute, pues en el ámbito de la seguridad social, más que el simple concepto de subsistencia, juega un papel preponderante el de la vida digna y decorosa, de quien se ve privado de la ayuda que le prodigaba el afiliado fallecido”

⁴ *“Por otra parte, en cuanto a la dependencia económica que exige el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, cabe mencionar que no implica una sujeción total y absoluta del presunto beneficiario a los ingresos económicos que percibía del causante, de manera que no excluye la existencia de otras fuentes de recursos, propios o provenientes de otras personas, pues no es necesario que se encuentre en estado de pobreza o indigencia. Así lo ha reconocido esta Sala de la Corte en sentencias tales como CSJ SL400-2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630-2014 y CSJ SL6690-201, y así lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2006, al declarar la inexistencia de la expresión «...de forma total y absoluta...» contenida en la mencionada disposición.*

Empero, la Sala también ha enseñado que el hecho de que la dependencia no deba ser total y absoluta, “(...) no significa que cualquier estipendio que se le otorgue a los familiares pueda ser tenido como prueba determinante para ser beneficiario de la pensión, pues esa no es la finalidad prevista desde el inicio, ni menos con el establecimiento en el sistema de seguridad social, cuyo propósito, se insiste, es servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.” (CSJ SL4811-2014)”

"Al efecto, basta con recordar que aun cuando los promotores del litigio admitieron que cuentan con ingresos, lo cierto es que este solo hecho no evidencia que fueran autosuficientes, ni que la colaboración que le brindaba su descendiente no fuera determinante para procurarse una vida digna, por cuanto como esta Sala lo ha enseñado, el hecho de que existan otras contribuciones o rentas en favor de los padres del afiliado fallecido no excluye su derecho a obtener una pensión de sobrevivientes. La única condición que debe cumplirse es que esos ingresos no sean suficientes para garantizar su supervivencia en condiciones mínimas, dignas y decorosas (CSJ SL, 12 feb. 2008, rad. 31346, reiterada, entre otras, en las providencias CSJ SL2800-2014, CSJ SL6558-2017 y CSJ SL1243-2019).

Para acreditar si la dependencia económica fue cierta, que la causante prestó una ayuda regular y periódica y que las contribuciones fueron significativas para el hogar, se cuenta con el interrogatorio de parte **LUIS ALBERTO CALLE VARÓN**, quien dijo que convivía con su hija en la ciudad de Bogotá, sabía que Julián Betancourt era su novio pero que no vivieron juntos, ella (causante) ayudaba en los gastos familiares porque para esa época fue diagnosticado con cáncer, manifestó que ejerce el oficio de ser músico y dictar algunas clases, pero no ha podido desempeñar dicha actividad a cabalidad. Afirmó que es él quien paga su seguridad social (salud) como independiente, no ha tenido contratos con ninguna empresa, sus ingresos dependen de las clases que dicta y de las serenatas que ocasionalmente da, en las que puede ganar hasta \$300.000, conoce el formulario de solicitud presentado a Porvenir, manifestó que fue él quien inició las diligencias al momento del deceso de su hija, no sabe con certeza cuál era el salario devengado por ella, pero afirmó que Valentina se desempeñaba como profesora de inglés avanzado en Puerto Inírida y luego se mudó a la capital. Adujo que él labora desde 1970, pero no alcanzó a completar las semanas de cotización para que le fuese reconocida la pensión de vejez. Finalmente expuso que ya supero el cáncer, no obstante, está en controles cada seis meses.

Él testigo **ORLANDO CASTELLANOS** conoce al demandante y a su hija desde el año 2004, dijo que ella siempre estuvo pendiente de su padre pues padecía de cáncer, manifestó que CALLE VARÓN es músico y que sus ingresos son escasos debido a su estado de salud. Sabe que él actor y la fallecida, vivían en la casa de la familia paterna, LUIS ALBERTO le contaba que era ella quien pagaba el arriendo, la seguridad social, las medicinas y algunos otros gastos.

JOSÉ ANTONIO CHARRIS declaró que conoce al actor hace 40 años porque también se dedica a la música, sabe que su amigo tuvo quebrantos de salud y eso

le imposibilitó mucho sus actividades, su hija era quien cubría los gastos de salud del demandante, dijo que para el momento del fallecimiento de VALENTINA CALLE ella vivía con su progenitor e indicó que no le consta que ella le entregase dinero a CALLE VARÓN para su sostenimiento.

También se cuenta con las documentales consistentes en: registro de defunción de VALENTINA CALLE CADENA (fl. 7), registro civil de nacimiento de la causante (fl. 8), registro de nacimiento de LUIS ALBERTO CALLE VARÓN (fl. 9), reclamación de prestaciones económicas de fecha 29 de septiembre de 2015 (fls. 10 y 11), historia clínica del demandante el cual fue diagnosticado de cáncer de próstata en el año 2013 (fls. 12 y 13), respuesta a la solicitud de pensión de sobreviviente del 27 de octubre de 2015, a través del cual se niega la pensión al actor por no ser posible determinar la dependencia económica del solicitante (fl. 16), historia laboral de CALLE CADENA (fls. 18, 57 a 59), formulario de vinculación de la fallecida a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 55), fotocopia de la cédula de Valentina Calle (fl. 72), fotocopia del documento de identidad de Luis Alberto Calle Varón (fl. 78), fotocopia de la cédula de la madre de la afiliada (fl. 84). Formulario de solicitud por sobrevivencia para padres con anexos (fls. 79 a 83), en este el actor expuso que su actividad económica deviene de la música, tiene un automóvil, los ingresos del hogar ascienden a la suma de \$2.300.000 respecto de los cuales él aporta \$600.000 su hija (causante) aportaba \$500.000 y la progenitora \$1.200.000, también se cuenta con la investigación para el pago de prestaciones económicas del 19 de octubre de 2015 (fls. 87 a 89), en este se indicó que VALENTINA CALLE CADENA no tenía hijos ni matrimonio vigente y que para la fecha del fallecimiento vivía con JULIAN BETANCOURT CUERVO data para la cual la convivencia fue de 4 meses.

Conforme lo anterior de cara a la constatación de los requisitos mínimos establecidos por la CSJ SL en sentencia SL 14923 de 2014 y SL 1519 del 9 de mayo de 2018⁵, para establecer si se cumple con la dependencia que echa de menos PORVENIR, La

⁵ “En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta, en todo caso, debe existir un grado cierto de dependencia, que la Corte ha identificado a partir de dos condiciones: i) una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; ii) y una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y ve afectado su mínimo vital en un grado significativo”.

“De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe contar cuando menos con los siguientes elementos: i) debe ser cierta y no presunta, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; ii) la participación económica debe ser regular y periódica, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacía el presunto beneficiario; iii) las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia”.

Sala concluye que le asiste razón al A quo en declarar que el actor tiene derecho a esta prestación, pues si bien está demostrado que la dependencia del demandante no fue total ni absoluta con la causante (lo cual se reitera no es un requisito para configurar el derecho a la pensión de sobreviviente), ya que existen otros ingresos de los que CALLE VARÓN se ayuda para su manutención como lo son los dineros recaudados por las serenatas que ofrece y las clases de música, aspecto que cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que el actor padeció de cáncer de próstata diagnosticado un año antes del deceso de su hija y que en la actualidad está en controles médicos, al remitirnos precisamente a la investigación desplegada por PORVENIR, se observa que tales ingresos (\$600.000) declarados corresponden casi al mismo valor que aportaba Valentina Calle (\$500.000) al hogar integrado con su padre (ya que su progenitora vive en los EEUU) suma que se presume cierta, era una contribución significativa y no se discute que constituyera un eventual auxilio, lo que brinda a La Sala certeza de la existencia de un nivel de dependencia, sin que los recursos propios del actor demuestren una autosuficiencia financiera, por eso el apoyo de su hija constituyó una subordinación a tal renta, la cual de no contarse con ella llegaría a afectar significativamente su mínimo vital.

Insiste PORVENIR en que la causante no vivía con su progenitor para el momento del deceso, pues para esa data llevaba 4 meses de convivencia con su pareja, sin embargo esta situación no es relevante para el asunto, ya que para estos casos no es necesario el requisito de convivencia que se analiza para los compañeros permanentes, ni es una camisa de fuerza que los hijos deban estar localizados geográficamente en el lugar donde se sentó la residencia familiar para configurar el apoyo económico.

Bajo estos razonamientos La Sala encuentra acreditado el requisito de la dependencia económica y **confirma** la sentencia apelada.

COSTAS. – Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de PORVENIR S.A. Fíjense la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

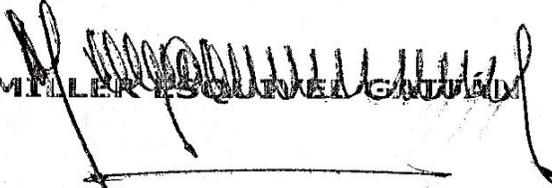
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de mayo de 2019, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de PORVENIR S.A. Fíjense la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE ERNESTO ARDILA ACEVEDO contra EXXONMOBIL DE COLOMBIA y AFP PROTECCIÓN. RADICADO 2018 00252 01 Juz 14.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de abril de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JORGE ERNESTO ARDILA ACEVEDO demandó a EXXONMOBIL DE COLOMBIA y AFP PROTECCIÓN para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 199 y 200.

- AFP PROTECCIÓN liquide cálculo actuarial.
- EXXONMOBIL DE COLOMBIA pague el cálculo conforme el contrato de trabajo suscrito con INTERCOL entre el 23 de enero de 1974 y el 07 de abril de 1985.
- Indexación.
- Costas.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls 200 y 201. Laboró para International Petroleum (Colombia) Ltda. entre el 23 de enero de 1974 y el 07 de abril de 1985, lapso en el que no se efectuaron aportes a pensión y los que no realiza porque considera que durante la vinculación laboral la empresa no estaba obligada a convalidarlos ante el ISS, sumado a que el contrato de trabajo había terminado antes del 1 de abril de 1994. En abril de 2008, solicitó su pensión la que fue reconocida el 20 de mayo de ese año, sin embargo para su reconocimiento no se tuvo en cuenta el tiempo laborado con INTERCOL.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demanda EXXONMOBIL DE COLOMBIA contestó en los términos del escrito visible a folios 353 a 382.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó la existencia del contrato de trabajo.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y genérica.

La demanda AFP PROTECCIÓN contestó en los términos del escrito visible a folios 425 a 430 y 432 a 435.

- Se opuso a las pretensiones.
- Acepto el reconocimiento pensional.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de retardo en el cobro del bono o reserva actuarial reclamada por el demandante, falta de legitimación en la causa por pasiva, genérica y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual ordenó a la demandada EXXONMOBIL DE COLOMBIA que traslade a la AFP PROTECCION el valor del cálculo actuarial correspondiente por la vinculación laboral del actor con INTERCOL entre el 23 de enero de 1974 y el 07 de abril de 1985, ordenó a la AFP PROTECCIÓN a convalidar tales aportes en la historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a EXXONMOBIL. Llegó a esa determinación luego de hacer un recuento de las normas que han regulado los aportes pensionales al ISS para los empleadores que se dedican a la explotación petrolera, y con apoyo en la sentencia con radicado 41745 de 2014 indicó que estas empresas estaban obligadas a hacer los provisionamientos necesarios para cubrir ante el sistema los riesgos de IVM, y en ese orden, la demandada EXXONMOBIL DE COLOMBIA debía pagar el cálculo actuarial conforme los salarios devengados por el actor durante la vinculación laboral.

Recurso de Apelación

La demandada EXXONMOBIL DE COLOMBIA, adujo que antes de octubre de 1993 no tenía la obligación de hacer pago alguno ante el sistema, su conducta no fue omisiva y se ajustó a los parámetros que le fueron impartidos, el art. 76 de la Ley 90/46 no la obligó a efectuar ningún provisionamiento, sin embargo en caso de confirmarse la decisión precisa que los aportes se deben efectuar conforme lo prevé la Ley 100/93, esto es, que cada parte asuma su porcentaje de cotización pues así se desprende de la lectura del art. 259 del CST el que precisa que el reconocimiento de la pensión se hace conforme la Ley y cita como apoyo las sentencias de tutela T492/13, T014/16 y T241/17 para reforzar que la prestación se financia de forma compartida e insiste en que no puede asumir la totalidad del cálculo porque su conducta no fue omisiva.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: aduce que le asiste el derecho a lo condenado por Juez, en virtud de que la empresa nunca efectuó los provisionamientos que ordena la Ley para el pago de aportes a pensión y ante este incumplimiento debe asumir sus consecuencias y efectuar los pagos a pensión conforme lo expresado por la jurisprudencia de la SL CSJ.

Parte demandada: pide se revoque la decisión, por cuanto al demandante no le asiste derecho a lo reclamado, dado que la obligación de efectuar cotizaciones al sistema general de pensiones para empresas del sector petrolero, nació a partir de la Ley 100/93. Indicó que al ser condenada a pagar el cálculo actuarial, el A quo paso por alto lo señalado en el Decreto 1887/94, el cual contempla que no es dable eximir de la responsabilidad al trabajador respecto al porcentaje que debe asumir frente a los aportes a pensión.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de alzada procede La Sala a determinar si resulta procedente la condena por el cálculo actuarial por la no afiliación del demandante a los riesgos de IVM en virtud vínculo laboral comprendido entre el 23 de enero de 1974 y el 07 de abril de 1985 con el empleador con INTERCOL.

Contrato de trabajo

No se controvierte y fue aceptada por la demandada la existencia del contrato de trabajo que existió entre JORGE ERNESTO ARDILA ACEVEDO e INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LTDA, por el periodo comprendido entre el 23 de enero de 1974 y el 7 de abril de 1985, quien devengó como último salario la suma de \$251.000 y su último cargo fue de asesor de relaciones industriales. (fl 5)

Cálculo actuarial

Conforme el artículo 1 del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, fue establecida la obligatoriedad de la afiliación al régimen de los seguros sociales a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y a los que presten sus servicios en empresas del sector oficial, siempre que no estuvieran exceptuados por disposición legal. Obligación que no fue asumida de forma inmediata, sino gradualmente a medida que el ISS fue extendiendo su cobertura en todo el territorio. En cuanto a las empresas petroleras como la pasiva, con la expedición del Acuerdo 264 del 13 de diciembre de 1967 aprobado por Decreto 64 del 22 de enero de 1968, se ordenó la inscripción al seguro social obligatorio de dichas empresas, no obstante, el artículo 5º del Acuerdo 257/67, precisó que la fecha de llamado a inscripción se haría atendiendo las circunstancias operativas del Instituto que posibilitara la aplicación de la cobertura, en consecuencia se fijó como fecha para tal

inscripción el 1° de septiembre de 1982 empero, tal data fue aplazada en Resolución 4454 de 1982 al 1° de noviembre de ese año y luego al 1° de enero del año siguiente (1983) de conformidad con la Resolución 4659 de 1982.

Posteriormente, el Director del Instituto de Seguros Sociales expidió la Resolución 5043 del 15 de noviembre de 1982, a través de la cual dejó sin efectos indefinidamente la Resolución 3540 del 6 de agosto de 1982, bajo el entendido que por recomendación de la Junta Administradora del ISS, no debía hacerse uso de la facultad conferida por el mencionado artículo 5° para fijar la fecha de llamamiento a inscripción de las empresas petroleras, hasta tanto no se cumpliera una etapa de concertación entre el gobierno, los patronos y los trabajadores. Mediante Decreto 2148 de 1992 el ISS fue reestructurado y se emitió la Resolución 4250 del 28 de septiembre de 1993 en la que se fijó el 1° de octubre de 1993 como fecha de iniciación de inscripción de las empresas petroleras en el régimen de los Seguros Sociales obligatorios.

En virtud del anterior recuento en principio podría decirse que los tiempos laborados en tales empresas anteriores al 1° de octubre de 1993 (en virtud de la Resolución 4250 del 28 de octubre de 1993), no son computables para una pensión en el sistema general de pensiones, ya que no se había establecido una afiliación forzosa, y no era dable predicarse una omisión en cabeza del empleador. Pese lo anterior, el artículo 72 de la Ley 90/46 impuso el deber de los patronos de hacer los aprovisionamientos del capital necesarios para efectuar los aportes al ISS en los casos en que éste asumiera dicha obligación, posición que fue asumida por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 41745 del 16 de julio de 2014, la que fue reiterada en proveído del 15 de marzo de 2017 radicado 47532, y constituye la actual posición jurisprudencial. En esta última decisión se indicó:

"Sin embargo, en el 2014, la corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y SL 17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS."

"Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala por mayoría estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley."

"Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL 9856-2014, luego reiterada en otras, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, (iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para

*acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del **cálculo actuarial** para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».* (negrita fuera de texto).

En consecuencia, si bien la afiliación de los trabajadores de las empresas dedicadas a la actividad del petróleo fue forzosa desde el 1º de octubre de 1993, lo cierto es que estas empresas conforme el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, siempre estuvieron obligadas a hacer las partidas de capital para sufragar los aportes en pensiones de sus trabajadores y de esa manera garantizar el derecho a la seguridad social, pues al tratarse de la falta de afiliación lo procedente es cubrir esos aportes mediante dicha figura.

En ese orden, como la demandada EXXONMOBIL DE COLOMBIA no discutió ni desconoció el contrato de trabajo que existió entre el actor y la empresa INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LTDA, por el periodo comprendido entre el 23 de enero de 1974 y el 7 de abril de 1985, pues la defensa de la llamada a juicio radica en que para esa fecha no tenía la obligación de hacer los aportes perseguidos, conforme lo ya expuesto es claro que EXXONMOBIL DE COLOMBIA debe responder por los ciclos en que la prestación por vejez estuvo a su cargo, de ahí que deba como lo indicó el juez de primer grado transferir al ente de seguridad social en que está afiliado el actor el cálculo actuarial que la entidad indique por los periodos en comento.

Respecto la utilización de esta figura, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL3110-2019, señaló:

"No sobra destacar que a partir del año 2014, la jurisprudencia de esta Sala dejó de lado la teoría que defiende la recurrente en sede del recurso extraordinario. En efecto, desde la sentencia CSJ SL 41745, 16 jul. 2014, la postura que adoptó esta Corporación, es que las obligaciones de los empleadores con sus trabajadores derivadas de la seguridad social en pensiones, subsisten aun cuando la falta de afiliación al sistema no obedezca a su culpa o negligencia.

*A causa de lo anterior, **en los periodos no cotizados por falta de cobertura, los empleadores través de un cálculo actuarial asumen las contingencias que se originan en la vejez, invalidez o muerte, de tal forma que con dichos recursos se garantice el financiamiento de las prestaciones que se encuentran a cargo del ISS hoy Colpensiones.**"*

En cuanto a la forma en que se debe hacer tal pago, el recurrente solicita que se ordene descontar al demandante el porcentaje que le correspondía sufragar por concepto de aportes a pensión. Al respecto advierte La Sala que tal pedimento no procede, pues corresponde a la demandada sufragar la totalidad del aporte tal como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, en la que precisó:

*"Lo anterior se traduce en que **es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial**, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, **era el único responsable del riesgo pensional**, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. **De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma***

proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (sentencias CSJ SL3807-2019 y CSJ SL1179-2020).

Aunado a lo anterior, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial, se derivada del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se explicó ampliamente en el ataque anterior, disposiciones estas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago. (...)

*En los términos del citado precepto legal, **corresponde al «empleador o la caja» el traslado del cálculo actuarial**, sin que en parte alguna haga alusión a obligación de ese pago también en cabeza del trabajador, **cuyos riesgos, se itera, antes de la cobertura del ISS, estaban a cargo exclusivo del primero.** (...)*

*Además, **sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial**, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendría al final que asumir por su cuenta parte del derecho y todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional. En consecuencia, por todo lo expuesto, el Tribunal no cometió el error jurídico que se le endilga, por ende, el cargo no prospera". (negrita y subrayado fuera de texto)*

En consecuencia EXXONMOBIL DE COLOMBIA, es la llamada a asumir el pago del 100% del cálculo actuarial, en los términos precisados por la juez, pues el hecho de que se haya postergado la afiliación de los trabajadores de estas empresas por falta de cobertura, tal situación no significa que en este momento sea válido acolitar al empleador sustraerse de efectuar los aportes correspondientes, máxime cuando tales riesgos estuvieron a su cargo.

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMA** la sentencia objeto de alzada.

COSTAS.

Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandada. Fíjese la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) a cargo de la recurrente.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de julio de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandada. Fíjese la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) a cargo de la recurrente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE YESIDH ALBENIO RODRÍGUEZ ROMERO CONTRA AFP PROTECCIÓN, PORVENIR Y COLPENSIONES. Rad. 2018 00712 01 Juz 15.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de abril dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

YESIDH ALBENIO RODRÍGUEZ ROMERO demandó a las AFP PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 5 y 6.

- Nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS.
- Traslado de los aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 5. Nació el 10 de junio de 1959, inició sus aportes en el ISS el 27 de junio de 1985 donde cotizó un total de 401.43 semanas. El 11 de marzo de 1999 se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR, momento en el que se omitió brindarle información adecuada y suficiente sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional, como tampoco se le dijo de la posibilidad de retornar al RPM. El 22 de junio de 2001 se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN (actual administradora) persistiendo en la misma falta al deber de información. En julio de 2018, solicitó a PROTECCIÓN la simulación pensional la cual le proyectó una mesada de \$899.964. Una vez efectuada la simulación concluyó que en el RAIS su mesada pensional sería inferior a aquella que se le hubiese reconocido en el RPM como quiera que en está su pensión sería equivalente a \$2.406.398. En septiembre de 2018 reclamó ante todas las demandadas la nulidad del traslado al RAIS a la cual no se accedió.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

COLPENSIONES contestó en los términos del escrito que milita a folios 72 a 79.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.

- Acepto los hechos relacionados con la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS, las semanas de cotización, el traslado al RAIS y la solicitud de retorno al RPM.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN** contestó en los términos del escrito visible a folios 137 a 159.

- Se opuso a las pretensiones.
- Acepto los hechos relacionados con la fecha de nacimiento, edad, afiliación a esa AFP, la simulación pensional, la petición de nulidad de la afiliación al RAIS y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y genérica.

PORVENIR S.A. contestó en los términos del escrito visible a folios 227 a 261.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar ineficaz el traslado efectuado por el actor el 11 de marzo de 1999 del RPM al RAIS a través de PORVENIR S.A, ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a Colpensiones los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, a ésta le ordenó recibirlos y a reactivar su afiliación en el RPM. Llegó a esa determinación al colegir que PORVENIR no cumplió con su carga probatoria, como quiera que no allegó ninguna prueba distinta a la del formulario de vinculación que acredite el cumplimiento al deber de información, toda vez que el formato de afiliación no es prueba idónea para probar dicho deber. También resaltó que el cambio entre administradoras del mismo régimen no ratifica su permanencia, ni tampoco convalida el traslado inicial como quiera que este carece de información completa, veraz y suficiente que le permitiese al trabajador tomar una decisión. Recalcó que el hecho de no ser beneficiario del régimen de transición no significa que se deba incumplir con el deber de información puesto que este es un requisito indispensable para que la decisión de traslado de régimen pensional sea libre y voluntaria tal como lo ha expresado la jurisprudencia de la SL CSJ. Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, al considerar que el derecho a pensionarse es imprescriptible e irrenunciable, por lo que al declarar nulo el acto de traslado este corre su misma suerte.

Recurso de Apelación

PORVENIR, manifestó que en el asunto no procede la declaratoria de nulidad del traslado, pues conforme el art. 271 de la Ley 100/93 aquí no existen actos que atenten contra la afiliación del actor ya que se pudo concluir que el traslado de régimen se hizo de forma libre y voluntaria, recalcó que para el momento del traslado

el único requisito para documentar la información verbal brindada era el formulario por lo que no es dable imponer o solicitar documentación adicional a la prevista en la normatividad vigente para esa época. Dijo que el demandante no es beneficiario del régimen de transición por lo que no era posible prever su futuro laboral pues para la época en la que se afilió a Porvenir el actor no tenía un derecho consolidado ni se encontraba próximo a pensionarse. Adujo que el demandante confesó en su interrogatorio de parte que conocía de las características del RAIS, que él faltó a su deber como consumidor financiero de informarse sobre su situación pensional máxime cuando este es profesional de economía. De otra parte citó las sentencias SL 1452 DE 2019 y la correspondiente al radicado 591213 de la SL CSJ en la que se expone en aclaraciones y salvamentos de voto que el análisis de estos casos no es automático y que se debe estudiar cada situación en concreto.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Pide se confirme la decisión, como quiera que las administradoras no probaron el cumplimiento al deber de información al momento del traslado de régimen pensional y que el formulario no es prueba suficiente para acreditar un consentimiento informado.

Parte demandada:

COLPENSIONES; manifiesta su desacuerdo con la decisión del A quo, respecto a la declaratoria de la nulidad del traslado de régimen pensional, dado que no existe ningún vicio del consentimiento que invalide dicho cambio de régimen, además lo considera improcedente por cuanto el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de la Ley 797/03.

AFP COLFONDOS y AFP PROTECCIÓN; no se pronunciaron.

AFP PORVENIR; adujo que se probó que esa administradora cumplió con la carga procesal que le corresponde, pues le brindó la información suficiente para que el actor tomase la decisión más adecuada respecto al cambio de régimen pensional. Concluyó, que el traslado de régimen se hizo de forma libre y voluntaria, decisión que ratificó al permitir durante toda la vinculación los descuentos por esa AFP.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de los documentos que reposan a folios 51 y 52 de fecha 27 de septiembre de 2018, donde solicitó la reactivación de

la afiliación al RPM. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, su traslado inicial data del 11 de marzo de 1999 (fl. 36) con la AFP PORVENIR, y el 22 de junio de 2001 se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN (fl. 37), entidad que es su actual administradora pensional conforme se constata de la consulta del SIAF (fl. 175.)

En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión no se suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el demandante el 11 de marzo de 1999 (fl. 36), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante.

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente. Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de pensiones a la cual se trasladó el trabajador (en este caso PORVENIR), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL 2611 – 2020³) a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

² "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"

³ Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información a quienes tienen la intención de cambiar de régimen

⁴ "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"

La AFP PORVENIR, se limitó a manifestar que RODRÍGUEZ ROMERO fue informado de las consecuencias del traslado y que la vinculación se hizo de forma libre y voluntaria, decisión que ratificó al momento de suscribir el formulario de vinculación, hecho con el cual se demostró el deber de información y que para el momento del traslado no era beneficiario del régimen de transición, sin embargo, es de resaltar que la valoración del cumplimiento del deber de asesoría por parte de las AFP corresponde al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber siempre ha existido (SL1452-2019). La demandada PORVENIR, no aclaró en que consistió esa información verbal suministrada y si adicionalmente a esa exposición le brindó un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC aun cuando le faltaban más de 20 años para alcanzar la edad de pensión, para que de esa manera pudiera escoger el régimen pensional más conveniente, omisión que no se subsana por el hecho de la amplia preparación académica del actor (profesional en economía), ya que el nivel de estudios de una persona no la hace conocedora de todas y cada una de las implicaciones de un traslado de régimen pensional, ni tampoco es suficiente el argumento de que para la época del traslado la única responsabilidad legal de la AFP era la suscripción del formulario, pues este junto con las afirmaciones de los formatos resulta insuficiente para dar por demostrado el deber de información, aunado a que es la AFP la que tiene el deber ineludible de obtener del afiliado su consentimiento informado, lo que implica la comprensión de la información (SL4964-2018, SL4373-2020 entre otras).

Insuficiencias que no se subsanan con el tiempo de permanencia en el RAIS, o la autorización de los descuentos efectuados por la administradora, pues estas circunstancias si no provienen de la elección libre e informada del afiliado, acompañada de una proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón , y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado no con posterioridad, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición o cuenta con una expectativa legítima pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *"Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones"*.

En lo que respecta a las faltas al deber del consumidor financiero, lo que La Sala advierte es una falta absoluta a las obligaciones establecidas precisamente por parte

de la entidad que alega la revisión de este ítem, pues claramente ha faltado a sus obligaciones especiales, como lo es por ejemplo suministrar información comprensible y brindar una publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de los productos ofrecidos, atentando contra la adecuada educación que tiene que recibir el consumidor de cara al producto y servicio ofrecido.

Frente a la aplicación del art. 271 de la ley 100/93, el cual considera PORVENIR le impone solamente una sanción pero no los efectos de la sentencia, es de citar la sentencia SL4360-2019, en la que rememora las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019, donde la SL CSJ precisó que *"la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia. Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».* Por ende cualquier quebranto al derecho del trabajador a afiliarse libre y voluntariamente a un régimen pensional, se debe sancionar con la ineficacia del acto, y una de las maneras de atentar contra éste derecho es precisamente con la falta de información para entender las consecuencias del traslado.

En cuanto a las citas jurisprudenciales a las que acude PORVENIR, precisa La Sala que en efectos la labor del juez de instancia y del colegiado, es precisamente estudiar cada caso concreto conforme las circunstancias fácticas del caso en conjunto con el material probatorio aportada y la defensa plantada en cada proceso, por lo que las resultas de esta decisión obedecen a la realidad probatoria aquí surtida.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la **confirmación** de la sentencia apelada.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de PORVENIR S.A. Fíjense la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito del 04 de agosto de 2020, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de PORVENIR S.A. Fíjense la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GERMAN DANIEL TOVAR TOVAR CONTRA COLPENSIONES. Rad. 2019 00026 01 Juz 32.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de abril dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

GERMAN DANIEL TOVAR TOVAR, demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 y 4.

- Incremento por personas a cargo.
- Retroactivo.
- Mesadas adicionales (junio y diciembre).
- Intereses moratorios.
- Costas.
- Uso de facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 a 8. Nació el 23 de diciembre de 1943. El 24 de febrero de 2009 solicitó al ISS el reconocimiento de la pensión de vejez (por ser beneficiario del régimen de transición), la cual fue negada mediante resolución No. 012089 del 27 de marzo del mismo año. El demandante solicitó nuevamente el reconocimiento de la prestación el 25 de mayo de 2011 y el 2 de marzo de 2017 las cuales fueron resueltas desfavorablemente mediante las resoluciones: GNR 257590 del 15 de octubre de 2013 y SUB 8595 del 16 de marzo de 2017 respectivamente, frente a las cuales interpuso los recursos de ley que fueron despachados de forma negativa. Promovió acción de tutela ante el Juzgado 21 Penal del Circuito de esta ciudad, amparo que fue negado en sentencia de 13 de junio de 2017, decisión que revocó la Sala Penal del TSB en sentencia del 31 de julio de esa anualidad, y en consecuencia ordenó a Colpensiones resolver la pensión de vejez de acuerdo a lo previsto en el Acuerdo 049/90. Mediante resolución SUB 151221 de 9 de agosto de 2017, le fue finalmente reconocida la pensión de vejez en cuantía de \$737.717 efectiva a partir del 1 de enero de ese año. Expone que padece de cáncer de próstata, cataratas, apnea del sueño, problemas cardiovasculares y dificultades económicas, por lo que interpuso acción de tutela ante el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bogotá, con el fin de que se reconozca el retroactivo pensional, el que fue negado en sentencia del 20 de marzo de 2018 la cual no accedió a sus pretensiones.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 105 a 114:

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la mayoría excepto el reconocimiento de la prestación en los términos solicitados por el actor.
- Formuló como excepciones de mérito; buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, genérica e inexistencia de los intereses moratorios.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar que el demandante tiene derecho al pago de las 14 mesadas al año (junio y diciembre). Condenó a Colpensiones a pagar el retroactivo por las mesadas causadas entre el 02 de marzo de 2014 y el 31 de julio de 2017, así como las mesadas adicionales de los meses de junio de 2018 y junio de 2019, lo que asciende a la suma de \$33.552.724 y absolvió a la demandada de las demás pretensiones. Llegó a esa determinación al constatar que el actor superó los requisitos previstos en el Decreto 758/90, en noviembre de 2008 (No. de semanas) y cumplió la edad el 23 de diciembre de 2003, por lo que consideró que la fecha de causación y disfrute de la prestación lo sería a partir del 01 de enero de 2009, como quiera que la última cotización al sistema data del mes de enero de ese año. Respecto al incremento por personas a cargo, manifestó que no es viable su reconocimiento por cuanto con la expedición de la Ley 100/93 se derogó de manera tácita los incrementos pretendidos y que solo serían reconocidos a quienes acreditaran el derecho pensional antes de la entrada en vigencia de la citada ley, precepto que no cumple el demandante toda vez que la prestación le fue reconocida con posterioridad a la creación del sistema general de seguridad social. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada, ya que TOVAR TOVAR no acudió oportunamente ante la justicia ordinaria con el fin de reclamar su derecho pensional, y este solo se interrumpió hasta el 2 de marzo de 2017, fecha en la cual presentó la solicitud prestacional, por lo que las mesadas causadas con anterioridad a esa fecha se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo.

Recurso de Apelación, manifestó el demandante no estar de acuerdo con la decisión del A quo en lo referente a la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que el actor acudió ante la administradora desde el momento en que alcanzó el status pensional y fue la demandada la que no accedió al reconocimiento aun cuando éste cumplía con los requisitos establecidos en la normatividad aplicable.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante; solicita se revoque parcialmente la sentencia, con el fin de que se determine que la efectividad de la pensión de vejez del actor es a partir de 01 de enero de

2009, momento en el que acreditó el cumplimiento de los requisitos contemplados en el Acuerdo 049/90. Dijo que se debe tener en cuenta, que su retiro se produjo el 31 de diciembre de 2008 y fue la demandada quien se negó a reconocer la prestación sin razón alguna.

Parte demandada: pide se revoque la decisión como quiera que el actor no cumple con los requisitos para ser acreedor del incremento por personas a cargo, toda vez que los mismos desaparecieron del ordenamiento jurídico al entrar en vigencia la Ley 100/93 conforme a la expresado en la sentencia SU 140/19, no obstante pese, a que el reconocimiento pensional se efectuó bajo los parámetros del Decreto 758/90, el demandante cumplió el status pensional con posterioridad al 1 de abril 1994, momento en el que ya no se encontraban vigentes los incrementos peticionados.

CONSIDERACIONES

La Sala precisa que conocerá en el grado jurisdiccional de consulta los puntos en los que fue condenada Colpensiones y que no fueron apelados¹.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma el 2 de marzo de 2017, tal y como se desprende de la reclamación que reposa a folios 45 a 55, donde el demandante solicitó el reconocimiento del incremento pensional por personas a cargo y el retroactivo, por lo que se tiene por acreditado el requisito de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado del Demandante

No es tema de controversia la calidad de pensionado del demandante, por cuanto mediante resolución SUB 151221 del 09 de agosto de 2017 (fls.71 a 73) Colpensiones le reconoció la pensión de vejez a partir del 1 de agosto de ese año, en una cuantía inicial de \$737.717 teniendo en cuenta 1007 semanas, y la prestación económica se le reconoció con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990.

Retroactivo pensional

En el asunto no se discute el beneficio de la transición que aplica al actor, pues nació el 23 de diciembre de 1943 (fl. 29) luego a la entrada en vigencia de la ley 100/93 contaba con más de 50 años de edad, ante lo cual se deberá verificar si cumple con los requisitos para hacerse acreedor a la pensión consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, que son, tener 60 años de edad y 1000 semanas cotizadas en toda la vida laboral o 500 semanas cotizadas dentro de los 20 anteriores al cumplimiento de la edad. Al verificar la historia laboral del

¹ Lo anterior dado los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación No. 34552 del 26 de noviembre de 2013 MP Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón ratificada en la sentencia AL4088-2014 radicación No 60884 del 23 de junio de 2014 MP Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

demandante (fls. 122 a 124) este cuenta con 1007 semanas, por lo que de conformidad con el parágrafo 2 del art. 20 del referido acuerdo, para el reconocimiento de la prestación se le debía aplicar una tasa de remplazo del 75%. Ahora frente al disfrute de la pensión, es importante tener en cuenta el artículo 13 del mismo Acuerdo², el cual establece que solo se puede disfrutar de la pensión reconocida cuando se acredite el retiro del servicio y como consecuencia del régimen general de pensiones. Debido a que la norma citada no especifica una solemnidad para acreditar el retiro o la desafiliación, considera La Sala que se debe analizar la conducta tanto del afiliado como del empleador en aras de determinar cuál fue su voluntad.

Al respecto, el actor radicó por primera vez solicitud de reconocimiento pensional ante la demandada el 24 de febrero de 2009 (fl. 31), del reporte de semanas cotizadas se verifica que su última cotización se hizo el 31 de enero de ese año (fls.122 a 126), en calidad de independiente, época para la cual contaba con 1007 semanas y ya tenía satisfecho el requisito de la edad (60 años) data para la cual contaba con 65 años de edad; circunstancias de las que se concluye que al cesar la cotización y solicitar la pensión el 24 de febrero de 2009, el demandante dio a conocer a la entidad su intención de no seguir afiliado al sistema y con estos elementos contaba la demandada para el momento en que expidió la resolución No. 012089 de 2009 (fl. 31). Postura esta que ha sido adoctrinada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples sentencias entre las que se puede consultar la SL5603-2016 del 6 de abril de 2016 con Radicación No 47.236³.

En consecuencia, se tiene que le asiste razón al A quo al declarar que el actor tiene derecho al reconocimiento de la prestación reclamada, desde el momento en que el demandante acreditó

² **ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ.** *La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.” (Subrayado fuera del texto y)*

³ *El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.*

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante, lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

(...)

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

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

(...)

Ahora bien, en lo relacionado concretamente con la interpretación a la que se adscribió el ad quem y que denominó «teoría de la desafiliación tácita del sistema», cumple agregar que su denominación no es la más afortunada, pues más que un acto tácito de desafiliación, corresponde a la verificación de la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones. Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues estas disposiciones admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.

En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido”

el último requisito para acceder a la prestación, sin que se evidencie justificación alguna en cabeza de Colpensiones en dilatar el reconocimiento y pago de la misma.

Prescripción

Pretende el actor el pago del retroactivo pensional por el período causado entre el 1 de enero de 2009 (momento que cumplió con los requisitos contemplados en el Acuerdo 049/90) hasta septiembre de 2017 (fecha en la que fue incluido en nómina de pensionados), pues en Resolución SUB 151221 de 09 de agosto de 2017, en cumplimiento de un fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, se ordenó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez, en concordancia con lo previsto en el Decreto 758/90 al ser beneficiario del régimen de transición.

Por lo tanto a fin de determinar a partir de cuándo procede este pago La Sala necesariamente debe abordar el estudio de la excepción de prescripción que propuso la demandada, para lo cual se tiene como fecha de exigibilidad del retroactivo el que corresponde a la de la Resolución SUB 151221 del 09 de agosto de 2017, momento en que se le reconoció la pensión de vejez al demandante, por lo que es a partir de esta fecha en que comienza a correr el término de los tres años previsto en el estatuto laboral, en ese orden y como la prescripción se interrumpe con el simple reclamo escrito del actor recibido por Colpensiones sobre su derecho (pago del retroactivo) el que reclamó vía tutela el 06 de marzo de 2018 (fls. 79 a 83), se tiene que las mesadas causadas con anterioridad al 06 de marzo de 2015 están afectadas por el fenómeno prescriptivo conforme los artículos 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S., por lo que resulta procedente modificar el ordinal tercero de la sentencia apelada para disponer que el retroactivo pensional procede desde el 06 de marzo de 2015 al 31 de julio de 2017, el cual deberá indexarse al momento de su pago.

Respecto a la condena sobre el reconocimiento y pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre, La Sala advierte que la misma resulta procedente como quiera que el demandante causó su derecho pensional a partir del 01 de febrero de 2009, momento en que cesaron los aportes al sistema general de pensiones, sin que su derecho alcance a afectarse por las disposiciones del párrafo transitorio 6 del AL 01/05.

COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Trecientos Mil Pesos (\$300.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de septiembre de 2019, el cual quedará así:

*“**TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES** a pagar al demandante el retroactivo por las mesadas causadas entre el 06 de marzo de 2015 al 31 de julio de 2017, así como las mesadas adicionales de junio de 2018 y junio de 2019.*

SEGUNDO. – En lo demás se confirma la decisión apelada y consultada.

TERCERO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Trecientos Mil Pesos (\$300.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA DEL PILAR GARCÍA MEJÍA
CONTRA AFP COLFONDOS, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.,
PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Rad. 2019 00307 01 Juz 3.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARÍA DEL PILAR GARCÍA MEJÍA demandó a las AFP COLFONDOS, OLD MUTUAL S.A., PORVENIR y COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 3 y 4.

- Nulidad e ineficacia de la afiliación al RAIS.
- Traslado de los aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petitia.

Los hechos de la demanda se describen a fl. 4. Nació el 08 de agosto de 1964. Se afilió al ISS el 06 de febrero de 1987, allí cotizó 113.29 semanas. El 24 de julio de 1996 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS, momento en el que se omitió brindar información adecuada y suficiente sobre el RAIS, posteriormente se trasladó a la administradora OLD MUTUAL S.A. y luego a PORVENIR S.A, quienes no le informaron sobre la posibilidad de retornar al RPM, en el régimen de ahorro individual cotizó 996 semanas, para un total de 1069 semanas entre los dos regímenes. En el año 2018, reclamó ante todas las demandadas la nulidad del traslado al RAIS, a la cual no se accedió.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

COLPENSIONES contestó en los términos del escrito que milita a folios 95 a 100.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS y la reclamación administrativa para que se declare la nulidad de la afiliación.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y genérica.

OLD MUTUAL S.A. contestó en los términos del escrito visible a folios 126 a 151.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; pago, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 174 a 181.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento, el traslado a esa AFP, y la solicitud de declaratoria de nulidad del traslado al RAIS.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica.

COLFONDOS contestó en los términos del escrito visible a folios 205 a 217.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento y solicitud de nulidad de traslado.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, genérica, ausencia de vicios del

consentimiento, obligación a cargo exclusivamente del tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado al de la demandante al RAIS administrado en su momento por COLFONDOS S.A., realizado el 16 de diciembre de 1994, con efectividad a partir del 01 de enero de 1995, así como la ineficacia del traslado horizontal posterior realizado entre fondo, incluido el último de PROTECCIÓN S.A. a PORVENIR S.A. el 14 de diciembre de 2000. Condenó a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo del traslado de la demandante, por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos sin descuento alguno, con todos los rendimientos financieros e intereses causados y ordenó a Colpensiones a activar la afiliación de GARCÍA MEJIA en el RPM. Llegó a esa determinación al colegir que COLFONDOS no cumplió con su carga probatoria y que la suscripción del formulario no es prueba idónea para establecer el consentimiento informado. También resaltó que el cambio entre administradoras del mismo régimen no ratifica su permanencia, ni tampoco convalida el traslado inicial como quiera que este carece de información completa, veraz y suficiente que le permitiese a la trabajadora tomar una decisión. Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, al considerar que el derecho a pensionarse es imprescriptible e irrenunciable, por lo que al declarar nulo el acto de traslado este corre su misma suerte.

Recurso de Apelación

PORVENIR, manifestó que es un tercero ajeno al acto en controversia, como quiera que no participó en el traslado de régimen pensional, razón por la cual no puede imponérsele la condena respecto a la devolución de todos los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, en especial los gastos de administración, dado que estos no son parte integral de la pensión y están autorizados en la ley, por lo que al trasladarlos se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa.

COLPENSIONES Solicita se revoque el fallo, como quiera que el precedente de la Corte Suprema de Justicia se debe aplicar en cada caso concreto, los cuales difieren de los hechos del presente caso. Indicó que, en caso de confirmarse la sentencia, se ordene la indexación de los valores trasladados.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: No se pronunció.

Parte demandada: AFP COLFONDOS; guardó silencio.

COLPENSIONES; manifestó que no es procedente reactivar su afiliación al RPM, toda vez que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal consagrada en la Ley 797/03. Adujo que solo es posible efectuar el traslado al régimen administrado por Colpensiones, en el evento de que la afiliada tenga una expectativa legítima de un beneficio prestacional, de lo contrario se afectaría el principio de sostenibilidad financiera que caracteriza a ese régimen.

AFP PORVENIR; pide se revoque la decisión, dado que no se probó la existencia de un vicio de consentimiento al momento del traslado de régimen pensional, por lo que su afiliación a esa AFP goza de plena validez, aunado a que la demandante manifestó de manera libre y voluntaria su deseo de pertenecer a esa administradora, lo que ratificó con la suscripción del formulario de vinculación. Respecto a la devolución de gastos de administración dijo, que estas deducciones están reguladas en la ley y obedecen a la gestión realizada por Porvenir, quien se ha encargado de administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, generándole así unos rendimientos financieros en beneficio de GARCÍA MEJÍA.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y la devolución de los gastos de administración.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de los documentos que reposan a folios 17 y 18 del 19 de noviembre de 2018, donde se solicitó la nulidad del traslado al RAIS. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, su traslado inicial data del 24 de julio de 1996 (fl.219) con la AFP COLFONDOS, el 25 de septiembre de 2001 se trasladó a PORVENIR (fl. 193). El 13 de diciembre de 2003 se afilió a la AFP HORIZONTE (fl. 188), luego el 19 de marzo de 2009 se trasladó a SKANDIA hoy OLD MUTUAL (fl. 163), el 26 de noviembre de 2009 retorna a HORIZONTE (fl. 187). Nuevamente el 03 de agosto de 2011 se traslada OLD MUTUAL (fl.164) y retorna a HORIZONTE hoy PORVENIR desde el 14 de febrero de 2012 (fls. 187 vto), quien es su actual administradora.

En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión no se suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la demandante el 24 de julio de 1996 (fl. 219), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso COLFONDOS), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL 2611 – 2020³) a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya

² "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"

³ Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información a quienes tienen la intención de cambiar de régimen

citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón , y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado no con posterioridad, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver que los hechos del presente caso versen sobre situaciones fácticas distintas a las del precedente jurisprudencial señalado por el A quo, como quiera que lo que se reprocha en este tipo de casos es la falta al deber de información en cabeza de las AFP, circunstancia que influyó en la decisión de traslado de régimen pensional de la actora.

En cuanto a la indexación alegada por Colpensiones, es de recordar que este se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dineros que se causaron en la cuenta de ahorro individual del afiliado (SL2877-2020⁵) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), pues al no existir norma expresa que los regule, se acude a los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C., el cual no es otro que retrotraer la situación al estado en que se hallaba, como si el acto de afiliación nunca hubiera existido, y esta es la razón por la que se ordena al fondo privado devolver al RPM

⁴ *"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"

⁵ *El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.*

todo lo recibido con ocasión a la afiliación y que implica el capital ahorrado, **rendimientos financieros**, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-2020⁶, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989) a favor de COLPENSIONES, por lo que con la devolución de los rendimientos financieros ya se satisface la indexación pretendida.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración, es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

"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 ésta 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 las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez de ordenar a la AFP PORVENIR devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como la demandada es la administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante pese a no haber intervenido en el traslado de régimen de la actora, es ella la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra

⁶ *"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

[...]

"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 ésta 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."*

incluidos los dineros descontados por concepto de administración, con lo cual de paso se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera, pues conforme lo expuesto en la SL 2877-2020, éste no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las apelantes. Fíjense la suma un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho para cada una de las recurrentes.

DECISIÓN

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

RESUELVE

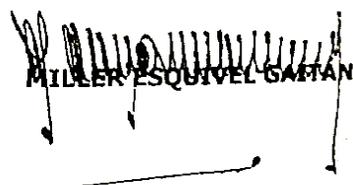
PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito del 19 de octubre de 2020, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las apelantes. Fíjense la suma un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho para cada una de las recurrentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN