TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por DANIEL DE JESUS GARAVITO VILLAREAL contra COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-022-2018-00667-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de febrero de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **DANIEL DE JESUS GARAVITO VILLAREAL** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS. En consecuencia, se condene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de lo recibido con motivo de su afiliación incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos e intereses al RPMPD administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, quien deberá recibir su afiliación. Asimismo, se condene al pago de las sumas debidamente indexadas, así como a lo Ultra y Extra Petita, junto con las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que cotizó en el RPMPD, en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales —ISS desde marzo de 1990 hasta diciembre de 1999 y en el RAIS, a través de PORVENIR S.A. desde septiembre del año 2000 hasta la actualidad. Aseveró que el asesor de PORVENIR S.A. no le suministró la información necesaria para efectuar el traslado, induciéndolo en error. Afirmó que la pensión que le reconocería el RAIS no sería favorable con respecto a la que le correspondería en el RPMPD, por lo cual elevó peticiones a PORVENIR y COLPENSIONES solicitando la nulidad de la afiliación, no obstante, ambas entidades negaron su pedimento (Fls. 29 a 38).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que no se acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento o error, contrario sensu, aquel suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria sin dejar nota de protesto alguna. Aseveró que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010 para trasladarse de régimen en cualquier momento, aunado a que la afiliación al RAIS cumplió con los requisitos legales. Arguyó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y que solicitó regresar el RPMPD cuando ya estaba inmerso en la prohibición de traslado de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que no es procedente ordenar su traslado. Añadió que COLPENSIONES ha cumplido con la normatividad vigente y que no participó en el traslado de régimen del demandante, de allí que solicitó no ser condenada en costas. Formuló como excepciones de mérito las de «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fls. 50 a 79).

La **AFP PORVENIR S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la afiliación del demandante fue producto de una decisión libre e informada, tal como lo aceptó aquel en el formulario de afiliación, documento que se presume autentico. Explicó que siempre garantizó el derecho de retracto del demandante, toda vez que el 14 de enero de 2004 publicó en el diario El Tiempo un comunicado de prensa

informando a los afiliados la posibilidad de trasladarse entre regímenes. Adujo que el demandante está inmerso en la prohibición de traslado del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Precisó que las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones están definidas en la ley, sin que sea posible para las partes pactar algo diferente. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «buena fe» «inexistencia de la obligación» y «excepción genérica» (Fls. 108 a 129).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 11 de febrero de 2021 declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS acaecida el 23 de agosto de 2000, en consecuencia, ordenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todos los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, las AFP desde su fundación han tenido el deber de brindar información a los posibles afiliados sobre las características de ambos regímenes, a fin de lograr que su decisión sea libre e informada, pues en caso de no ser así, la misma deviene en ineficaz. Indicó que la doble calidad de las AFP como sociedades financieras y de seguridad social hace que el cumplimiento del deber de información sea más riguroso, puesto que es menester que la información se brinde a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un afiliado lego y un experto en materia de alta complejidad, lo que incluye dar a conocer aspectos como la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de derechos pensionales. Manifestó que la información consignada en el formulario de afiliación no es suficiente para demostrar el cumplimiento del deber de información, por lo que resaltó que según los preceptos de la carga de prueba, la AFP PORVENIR no acreditó el cumplimiento de su deber de información, máxime cuando no aportó documentos como la hoja de vida del asesor o las capacitaciones que le brindaron para cumplir con sus obligaciones. Frente a la prescripción, recordó que la solicitud de ineficacia o nulidad de la afiliación está ligada a la formación del derecho pensional, por lo que no está llamada a prescribir, pues se afectaría gravemente el derecho fundamental a la seguridad social.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de la **AFP PORVENIR S.A.,** presentó recurso de apelación, argumentando que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece que los afiliados pueden decidir el régimen pensional que prefieran una vez cada cinco años contados desde la afiliación inicial y hasta cuando falten diez años para adquirir el derecho pensional, prohibición que fue desconocida por el actor. Aseguró que al momento del traslado, el demandante era profesional, es decir que tenía la capacidad cognoscitiva para entender y tener claridad de las características de los regímenes pensionales, más aun cuando tenía el deber de auto información y no acudió ante el fondo privado para cuestionar sobre su futuro pensional. Recordó que el accionante no acreditó la existencia de errores en su consentimiento, en consecuencia, el traslado goza de plena validez por haber sido efectuado con apego a la normatividad vigente y sin ningún tipo de coacción. Arguyó que la prescripción de la acción de nulidad de un acto jurídico está regulada por el artículo 1750 del Código Civil, de tal suerte que la solicitud de nulidad de la afiliación no está sujeta al término prescriptivo del derecho a la seguridad social, puesto que no es aplicable a ciertos actos ligados a aquel, arguyendo que no se ha violado tal derecho al actor porque goza de su afiliación al sistema general de pensiones. Afirmó que el demandante manifestó que recibió asesoría en dos oportunidades cuando el asesor se dirigió al salón en el que dictaba clase. Indicó que la afiliación al RAIS, el estado de cuenta, las condiciones del traslado, entre otros aspectos son de conocimiento del afiliado, quien también puede verificar la información, por lo cual el desconocimiento de las condiciones del régimen no tiene asidero. Finalmente, manifestó que los gastos de administración son descontados en ambos regímenes pensionales, agregando que corresponden al 3% del aporte y están destinados a cubrir la pensión de invalidez y sobrevivencia.

A su vez, el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación, arguyendo que el término estatuido en la prohibición legal de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 busca salvaguardar el principio de solidaridad del RPMPD y con ello, la protección de la sostenibilidad financiera del sistema. Agregó que tal prohibición es aún más relevante en tratándose de personas que han pasado más de 20 años sin cotizar en el RPMPD, es decir, que no han ayudado al mantenimiento del sistema, ni a financiar las pensiones de otros afiliados, sino que han generado rendimientos en el RAIS y desean obtener una monto pensional alto en el RPMPD, afectando el principio de la primacía del bien general sobre el particular. Señaló que no se realizó una debida aplicación de la jurisprudencia, toda vez que el hecho generador de la demanda no es la falta al deber de información sino la inconformidad del demandante con el valor de su mesada pensional, lo que

necesariamente impone un requisito atemporal, dado que para la época del traslado no era posible realizar una proyección pensional.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 3 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 05 de julio de 1961, por lo que cumplirá 62 años el mismo día y mes del 2023, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a PORVENIR y COLPENSIONES, el 10 de mayo de 2018 y el 22 de mayo de 2019 y el 28 de mayo de 2019, respectivamente (fls. 4 a 13), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 158 semanas cotizadas al ISS, equivalentes a 3 años y 26 días (fls. 14 y 15), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 23 de agosto de 2000, según información registrada el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. (fl. 130).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo 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 de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar

el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (23 de agosto de 2000, Fl. 130), lo del formulario de afiliación, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (23 de agosto 2000, fl. 130), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquel cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente

jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

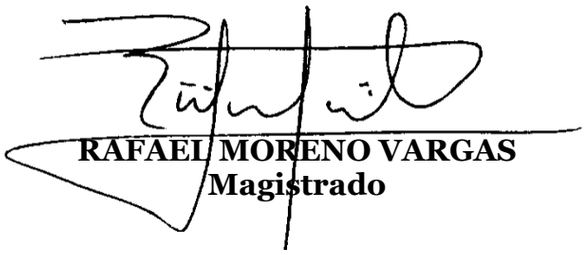
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

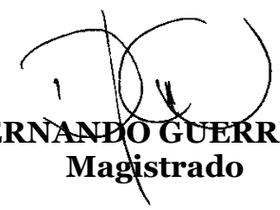
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

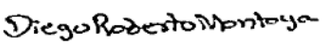
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUIS ALFONSO BELTRAN MARTINEZ contra CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICIA. Rad. 11001 31 05 022 2017 00302 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 12 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **LUIS ALFONSO BELTRAN MARTINEZ** a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral contra la CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICIA, a fin de que se declare que existió un contrato laboral y que finalizó ilegalmente por causas imputables al empleador. En consecuencia, se condene a la demandada al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, junto con la sanción moratoria y la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, todo ello debidamente indexado. Finalmente, se condene a la demandada al pago de las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que inició a laborar en la CAJA PROMOTORA DE VIENDA MILITAR Y DE POLICIA desde el 22 de abril de 1997, mediante contrato de trabajo por el término de seis meses, periodo que fue prorrogado por varias veces hasta del 29 de febrero de 2000 cuando se incluyó una

cláusula que convirtió el contrato a término indefinido, lo que fue ratificado con otra cláusula del 13 de septiembre de 2000. Señaló que desempeñó el cargo de líder de grupo de gestión documental, destacándose por su buen desempeño, por lo que la empresa otorgó un auxilio monetario que ayudó a pagar su carrera de profesional en sistemas de información y documentación y archivística. Expuso que en mayo de 2013 se llevó a cabo una reunión de cierre de auditoría interna, en la que el gerente general se refirió de manera despectiva al grupo de gestión y ordenó reemplazar al líder de gestión documental, en consecuencia, el 23 de mayo de 2013 el subgerente administrativo elaboró una solicitud de necesidad de personal que incluía un cargo con sus mismas funciones, argumentando que la empresa no tenía el talento humano para ejecutar esas actividades. Añadió que para el cargo mencionado se ocupó con la señora Sandra Maritza García Espitia, por lo que radicó una carta ante el líder de talento humano de la accionada, dando a conocer algunas circunstancias que se estaban presentando y constituían acoso laboral. Manifestó que el 17 de julio de 2013, la empresa le notificó sobre un cambio de personal de planta, por lo que fue trasladado a la oficina asesora de planeación, en la que le asignaron funciones totalmente diferentes a las que desempeñaba. Agregó que el 22 de julio de 2013 asistió a una sesión extraordinaria del comité de convivencia laboral. Señaló que el 22 de abril de 2014 la empresa terminó el contrato laboral vigente por expiración del plazo presuntivo. Finalmente, expuso que el 20 de abril de 2017 presentó reclamación administrativa ante la demandada, empero, la entidad negó su pedimento (fls. 83 a 93).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICIA**, dio contestación a la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el actor inició a laborar como operario auxiliar en razón a que era bachiller, pues el grupo de gestión documental se creó el 26 de agosto de 2008, es decir, 11 años después de su vinculación. Arguyó que el 17 de julio de 2013 le notificó al accionante sobre el cambio en la planta de personal para que iniciara sus labores como técnico de la oficina asesora de planeación, en atención a las necesidades del servicio y sin perjudicar sus condiciones laborales. Añadió que el demandante nunca aportó el diploma como profesional en sistemas de información y documentación, por lo que su cargo siempre fue el de técnico y no de profesional líder. Explicó que se inició el proceso de contratación de un profesional en ciencias de la información-bibliotecología con experiencia en archivos, dado

que dentro del grupo de gestión documental no laboraba ningún profesional, aunado a que ese nuevo cargo tenía una función diferente a la del demandante, esto es, apoyar u orientar al grupo en las labores de archivo y documentación. Aseveró que el demandante no aportó prueba alguna para acreditar el acoso laboral que arguyó, máxime cuando aquel asistió a diligencia ante el Comité de Convivencia de la entidad y suscribió acta en la que manifestó su ánimo conciliatorio, considerando que las situaciones relacionadas con la queja habían sido aclaradas y superadas. Finalmente, aseguró que el contrato fue finalizado por expiración del plazo presuntivo en los términos de la causal contemplada en el literal A del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945. Formuló como excepciones de mérito las de «inexactitud del cómputo de la demanda al pretender que el plazo presuntivo se calcule desde la fecha en que se modificó el contrato inicial», «ratificación por parte de los jueces laborales del circuito de Bogotá, respecto de la fecha que se tiene en cuenta para el cálculo del plazo presuntivo» y «ausencia de los presupuestos para hablar de un despido injusto y un presunto acoso laboral» (fls. 104 a 115).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 12 de marzo de 2021, declaró que el contrato suscrito por las partes finalizó de forma unilateral y sin justa causa, en consecuencia, condenó a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto de que trata el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945, debidamente indexada.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, indicó que el plazo presuntivo está regulado por el artículo 43 del Decreto 2127 de 1945 y que ha sido objeto de varios pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en los que ha reiterado que la fecha de inicio para contabilizar el plazo presuntivo es aquel momento en el que el trabajador oficial adquiere tal calidad. Precisó que las partes celebraron un contrato de trabajo a término fijo por seis meses el día 22 de abril de 1997, el cual se prorrogó en cuatro oportunidades, así: del 22 de abril al 21 de octubre de 1997, del 22 de octubre de 1997 al 21 de abril de 1998, del 22 de abril al 21 de octubre de 1998, del 22 de abril al 21 de octubre de 1999 y del 22 de abril al 21 de octubre de 2000. Agregó que en vigencia de la última prórroga las partes acordaron que el contrato sería a término indefinido, a través de la cláusula adicional del 13 de septiembre de 2000. En ese orden, aseveró que no es posible contabilizar el plazo presuntivo desde la fecha de celebración del primer contrato de trabajo, toda vez

que sólo es aplicable a los contratos a término indefinido y a aquellos en los que no se estipuló la duración, concluyendo que la aplicación del plazo presuntivo solo puede predicarse a partir del 13 de septiembre de 2000, por ser el momento en el contrato mutó. Por lo anterior, consideró que el pago de la indemnización por despido injusto es procedente, dado que el contrato fue finalizado el 22 de abril de 2014, es decir cuando había comenzado a operar el plazo presuntivo del 13 de marzo al 12 de septiembre de 2014. Precisó que no procede el pago de prestaciones sociales porque no fueron estatuidas como indemnización, así como no procede el pago de indemnización moratoria, encontrando procedente el pago de la indexación.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la accionada inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación, argumentando que la sentencia violó el artículo 43 del Decreto 2127 de 1945 y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, toda vez que acreditó que el contrato fue celebrado el 22 de abril de 1997 y fue convertido a término indefinido el 13 de septiembre de 2000, empero no cambió la fecha de inicio de la relación laboral, máxime cuando la cláusula del 01 de septiembre de 2008 establece que las demás disposiciones del contrato quedan sin alteración alguna. Expuso que la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha señalado que pese a que el contrato sea celebrado por un tiempo indefinido, se entiende que tiene un plazo de seis meses y que la única excepción es la que las partes pactan. Por ello, concluyó que aun cuando se estableció un término indefinido por medio de una cláusula adicional, el plazo y la fecha de inicio de la relación laboral no cambiaron, pues las clausulas adicionales no alteraron la naturaleza del contrato, ni su plazo, siendo de seis meses.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte accionada presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque la decisión de primer grado. A su turno, la parte actora allegó alegaciones solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación, establecer si hay lugar o no a dar aplicación a la cláusula de reserva estipulada en el contrato de trabajo, para determinar si hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta el plazo presuntivo.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico, debe advertirse que no se discute en esta instancia que entre el actor y la entidad demandada se celebró un contrato a término fijo de seis meses desde el 22 de abril de 1997, prorrogado de común acuerdo por las partes hasta el 21 de abril de 1998. Que el mismo fue modificado en virtud de la cláusula adicional del 13 de septiembre del año 2.000, a término indefinido con efectos a partir de esa data (fls. 64 a 67 y 116 a 119). De igual modo, que, en el mes de marzo de 2014, la empresa accionada envió comunicación al demandante informándole la terminación de la relación laboral por expiración del plazo presuntivo a partir del 22 de abril de 2014 (fls. 39 y 122). Asimismo, que ostentó la calidad de trabajador oficial en el cargo de Técnico 03, con una asignación mensual al finalizar el contrato de $1.695.521. Todo ello, según se desprende de la copia del contrato de trabajo, certificación laboral y la liquidación definitiva de prestaciones sociales, por lo tanto, dichos aspectos en los términos del principio de consonancia contemplado en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S. se mantendrán incólumes.

Pues bien, frente a la terminación del contrato de trabajo, a folios 39 y 122 se encuentra la comunicación mediante la cual la el Gerente General de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía -CAPROVIMPO, Empresa Industrial y Comercial del Estado, dio por terminado el contrato de trabajo al demandante, haciendo uso de la causal contemplada en el literal A del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945.

Aquí y ahora, es de destacar que el Decreto 2127 de 1945, en lo que se refiere al contrato individual de trabajo, en sus artículos 40 y 43, determina que:

> «***ARTICULO 40***. *El contrato celebrado por* ***tiempo indefinido*** *o sin fijación de término alguno,* ***se entenderá pactado por seis meses,*** *a menos que se trate de contrato de aprendizaje o a prueba, cuya duración se rige por normas especiales.*

> ***ARTÍCULO 43***. ***El contrato celebrado por tiempo indefinido*** *o* ***sin fijación de término alguno***, *salvo estipulación en contrario,* ***se entenderá prorrogado en las mismas condiciones***, *por períodos iguales, es decir,* ***de seis en seis meses****, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo. La prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo de terminado deberá constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por períodos de seis meses»* (Negrillas y subrayas de la Sala).

De acuerdo con la norma citada, los contratos que sean indeterminados, o en los que no se hubiese pactado plazo alguno, tienen una presunción legal de terminación, fijada legalmente por un plazo de 6 meses, con prórrogas por el mismo periodo, como lo prevé el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945. En ese sentido, la finalización del contrato de trabajo que se funda en la expiración del plazo fijo pactado o presuntivo semestral, no constituye en sí misma, una decisión unilateral sin justa causa del empleador, sino que configura un modo legal de terminación del nexo laboral, ajena al despido justo o injusto que es otra de las modalidades de terminación.

De lo anterior, surge que, en aquellos contratos en los que el plazo de vigencia de la relación de trabajo está preestablecido, sea por acuerdo entre las partes o por disposición de la ley, el vencimiento del término no genera para la parte que decide no continuar con la ejecución de la misma la obligación de indemnizar, entre otras razones, porque no se trata de un incumplimiento a lo pactado, pues lo que realmente ocurre es que se le hace producir efecto, ya sea a la cláusula contractual en la cual se estipuló el término de duración fija del vínculo contractual o a lo dispuesto en la ley respecto del plazo presuntivo; de este modo, aun cuando la decisión de no prorrogar el contrato de trabajo provino del empleador, tal facultad le fue otorgada o consentida por las partes suscribientes del contrato de trabajo, sin que se exija, como si ocurre en el caso de trabajadores particulares, la obligación de preavisar por escrito a la otra parte su determinación de no prorrogar o finiquitar el contrato a término fijo y, menos aún, con alguna específica antelación.

Retomando el hilo conductor inicialmente trazado, se tiene entonces, que el contrato de trabajo pactado de manera indefinida con trabajadores oficiales, se entiende celebrado por periodos de seis meses, a no ser que tal cuestión sea modificada a través de negociación individual o colectiva de las condiciones de trabajo, pues de no darse esa exclusión el empleador podrá dar por terminada la

relación laboral por expiración del plazo presuntivo o pactado, sin indemnización alguna.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral ha explicado que dicho pacto debe contener cláusulas convencionales o contractuales expresas, que no dejen duda de que su intención es la de excluir los periodos de seis meses, así como de eliminar la terminación del contrato de trabajo por el vencimiento del plazo presuntivo y sancionar al empleador por la terminación unilateral del contrato de trabajo. Precisando que, la celebración de un contrato a término indefinido no desata o elimina el plazo presuntivo establecido de manera legal, puesto que debe mediar una modificación de este con un acuerdo entre las partes para apartarse del mismo, del cual se desprenda la eliminación rotunda de esta potestad. Así quedó consignado en la sentencia CSJ SL2717-2018 y recientemente en la CSJ SL775-2021, que transcribió la primera en los siguientes términos:

> *«En la sentencia CSJ SL, 21 feb. 2005, rad. 23957, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 30 jun. 2005, rad. 24607; CSJ SL, 28 may. 2008, rad. 31490; CSJ SL, 30 sep. 2008, rad. 32558; CSJ SL, 24 mar. 2010, rad. 34584; CSJ SL 2 may. 2012, rad. 39479 y CSJ SL 12 de feb. 2014, rad. 39773, la Corte señaló al respecto:*
>
> *El plazo presuntivo es el imperio de la ley en favor del Estado cuando funge como empleador y por ende de la sociedad sobre la voluntad de las partes.* ***La ley presume que, en todo contrato laboral concertado por aquél, la ausencia de una estipulación sobre la duración del contrato implica, aunque parezca contradictorio, la fijación de un plazo de vigencia del contrato de seis meses según el Decreto 2127 de 1945. La presunción es legal, y por eso tanto en la contratación individual como en la colectiva, las partes pueden acordar lo contrario y apartarse del plazo presumido por el legislador.*** *Y aquí, como ocurre con el régimen de los contratos a término fijo, con los cuales la identidad es manifiesta, en los gobernados por el plazo presuntivo la intención que exprese una de las partes de no prorrogar el contrato solamente es unilateral en apariencia, porque el imperio de la ley impone un contexto contractual en el cual se asume que las partes convinieron la fijación de un plazo semestral. (Negrillas fuera de texto).*
> *(…)*
> *En consonancia con lo dicho, no basta con que en el contrato de trabajo se estipule el «término indefinido», para que se entienda excluido el plazo presuntivo, sino que se requieren cláusulas que eliminen rotundamente la potestad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, por expiración del plazo presuntivo. Así lo ha dicho esta Corporación en sentencias como la CSJ SL, 30 sep. 2008, rad. 32558 y CSJ SL 12 de feb. 2014, rad. 39773 en las que razonó al respecto:*
> *El artículo 43 del Decreto 2127 de 1945, establece lo siguiente:*
> *(…)*
> *De manera que el artículo bajo examen consagra una presunción legal, y por tener dicha naturaleza, tanto la administración pública y el trabajador pueden acordar, en cuanto a su duración, modalidad diferente a la que por ley presume.*
>
> *Entonces, cuando las partes así lo han convenido, es más que razonable entender, como lo hizo el juez de apelación, que el* ***mencionado acuerdo debe dimanar con total y absoluta nitidez, de manifiesto, que aflore la voluntad inequívoca de los contratantes de inaplicar la presunción en comento,*** *todo en oposición de la celebración de pactos ambiguos o con vaguedades, no solamente en aras de preservar la seguridad jurídica de los protagonistas sociales, sino también, porque es insoslayable que los contratos de trabajo corresponden*

ejecutarse a la luz de los principios, entre otros, de transparencia y buena fe. Más aún cuando la norma no exige prueba solemne para llevar a cabo tal consenso.

Así las cosas, el Tribunal no incurrió en el yerro jurídico que los recurrentes le achacan al concluir que "como presunción legal que es, resulta posible que las partes de común acuerdo fijen que el contrato tendrá la verdadera connotación de indefinido, esto es, sin solución de continuidad, lo que se puede hacer bien el mismo texto del contrato o a través de la convención colectiva. Claro que también, para la validez de dicha supresión de la normativa legal, debe realizarse una estipulación expresa, es decir, que la misma debe constar clara y expresamente en una cláusula contractual o en una norma de la convención", puesto que, según el Diccionario de la Lengua Española, "expreso" significa patente, fijar o determinar de manera precisa algo, y "claro", fácil de comprender, que se distingue bien, y para el Tribunal dichas expresiones deben reflejarse en cláusulas o estipulaciones contractuales, que, estima la Corte, pueden ser verbales o escritas; términos aquellos que difieren de la expresión "literalidad" que los recurrentes creen, de manera equivocada, que el Tribunal asimiló. (Negrillas fuera de texto).
(…)
En la sentencia CSJ SL, 13 jul. 2006, rad. 27416, la Sala adoctrinó al respecto:
Por lo demás, corresponde señalar que el ad quem estableció que los contratos indefinidos de los trabajadores oficiales, se entienden pactados por el término de seis meses, de conformidad con los artículos 40 y 43 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, mientras que ***la impugnante sostiene que esa norma no abarca los convenios celebrados a término indefinido.*** *No obstante, como lo concluyó el sentenciador, aquella normatividad precisamente determina qué "..El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno se entenderá pactado por seis meses..", y la segunda disposición, en el aparte pertinente, prevé que "..El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo..".* ***De ahí que no tenga asidero la afirmación de la censura en el sentido de que, a los contratos suscritos por término indefinido, en el sector oficial, no se les aplica el plazo presuntivo.*** *(negrillas fuera de texto).*

En igual sentido pueden verse las sentencias CSJ SL, 22 jun. 2005, rad. 24614, CSJ SL, 10 oct. 2005, rad. 24608, CSJ SL, 19 oct. 2005, rad. 24613, CSJ SL, 24 mar. 2010, rad. 34584, entre otras, en las que se analizaron cláusulas de contratos de trabajo y convenciones colectivas que establecían, llanamente, un «término indefinido» para la relación laboral y se le restó eficacia a la hora de excluir la aplicación del plazo presuntivo establecido legalmente.

Ahora bien, la Corte debe aclarar que es cierto que en algunos casos puntuales ha admitido que ciertas cláusulas previstas en instrumentos como las convenciones colectivas de trabajo modifican o eluden válidamente la aplicación del plazo presuntivo, porque, en su contexto integral, permiten inferir la voluntad clara de las partes de la relación laboral de mejorar las condiciones legales de duración del contrato de trabajo. Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia CSJ SL701-2018, en la que no solo se contaba con la indicación genérica de que los contratos de trabajo tendrían un término indefinido, sino que también obraba una cláusula de estabilidad, todo lo cual, leído de manera sistemática y razonable, permitía inferir esa voluntad expresa de las partes de eludir la aplicación del plazo presuntivo y, más allá de eso, estipular una duración del contrato de trabajo no sometida a plazo fijo o presunto.

Todo ello, naturalmente, corresponde al deber de analizar la suficiencia de alguna determinada cláusula para eliminar válidamente el plazo presuntivo, en cada caso particular y de acuerdo con su respectivo contexto. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, la Corte siempre ha reivindicado la necesidad de que las partes dejen sentada su voluntad de eliminar el plazo presuntivo, a través de cláusulas claras, expresas y lo suficientemente entendibles, y no a través de conjeturas, suposiciones o enunciaciones genéricas como la del término indefinido, de manera que esa es la orientación jurisprudencial que debe considerarse actualmente vigente. (Negritas del texto original)».

En ese orden de ideas, se reiteró que «*i) la figura del plazo presuntivo se encuentra plenamente vigente para los trabajadores oficiales; ii) por ello, cuando no se determine el plazo del contrato de trabajo o se diga que es indefinido, debe entenderse celebrado por periodos de seis meses; iii) y dicha figura puede ser excluida a través de la negociación individual o colectiva de las condiciones laborales, pero requiere de cláusulas claras y expresas y no de enunciaciones genéricas como la de existencia de un término indefinido (CSJ SL-2717-2018).*

Descendiente al caso que nos ocupa, lo primero que se vislumbra del aludido contrato es que inicialmente se pactó un término inicial de seis meses, el cual se prorrogó por expresa voluntad de las partes por otros seis meses. Es claro también que el mismo se estuvo prorrogando de manera tácita por periodos iguales, hasta el 13 de septiembre del año 2.000, cuando se pactó una cláusula adicional al contrato inicialmente celebrado, en la cual se lee que *«[…] el presente contrato de Trabajo a partir de la fecha será un contrato a término indefinido […]»*, de modo que, a partir de ese momento operó la presunción legal, la cual al no haber sido desvirtuada, debe entenderse el contrato celebrado a partir de esa fecha y por voluntad de las partes por periodos de seis meses.

En tal medida, estima la Sala que no le asiste razón al apelante al solicitar que se tenga como fecha de inicio para el plazo presuntivo, la suscripción inicial del contrato, abril de 1997, pues es clara la existencia del acuerdo a través del cual se pactó modificar la modalidad contractual inicialmente acordada con el demandante, por ello, no se debe contabilizar desde la data en que se inició la prestación del servicio en favor de la entidad accionada, pues se itera, tal modificación derivó del mutuo acuerdo entre las partes, alterando así la vigencia del nexo a partir del 13 de septiembre de 2000.

En ese sentido, considera la Sala que el contrato se prorrogó en los siguientes términos:

		DESDE	**HASTA**
INICIO CONTRATO A TÉRMINO INDEFINIDO (PLAZO PRESUNTIVO)		13 DE SEPTIEMBRE DE 2000	12 DE MARZO DE 2001
1ra	PRORROGA	13 DE MARZO DE 2001	12 DE SEPTIEMBRE DE 2001
2da	PRORROGA	13 DE SEPTIEMBRE DE 2001	12 DE MARZO DE 2002
3ra	PRORROGA	13 DE MARZO DE 2002	12 DE SEPTIEMBRE DE 2002
4ta	PRORROGA	13 DE SEPTIEMBRE DE 2002	12 DE MARZO DE 2003

5ta	PRORROGA	13 DE MARZO DE 2003	12 DE SEPTIEMBRE DE 2003
6ta	PRORROGA	13 DE SEPTIEMBRE DE 2003	12 DE MARZO DE 2004
7ma	PRORROGA	13 DE MARZO DE 2004	12 DE SEPTIEMBRE DE 2004
8va	PRORROGA	13 DE SEPTIEMBRE DE 2004	12 DE MARZO DE 2005
9na	PRORROGA	13 DE MARZO DE 2005	12 DE SEPTIEMBRE DE 2005
10ma	PRORROGA	13 DE SEPTIEMBRE DE 2005	12 DE MARZO DE 2006
11ma	PRORROGA	13 DE MARZO DE 2006	12 DE SEPTIEMBRE DE 2006
12ma	PRORROGA	13 DE SEPTIEMBRE DE 2006	12 DE MARZO DE 2007
13ra	PRORROGA	13 DE MARZO DE 2007	12 DE SEPTIEMBRE DE 2007
14ta	PRORROGA	13 DE SEPTIEMBRE DE 2007	12 DE MARZO DE 2008
15ta	PRORROGA	13 DE MARZO DE 2008	12 DE SEPTIEMBRE DE 2008
16ta	PRORROGA	13 DE SEPTIEMBRE DE 2008	12 DE MARZO DE 2009
17ma	PRORROGA	13 DE MARZO DE 2009	12 DE SEPTIEMBRE DE 2009
18va	PRORROGA	13 DE SEPTIEMBRE DE 2009	12 DE MARZO DE 2010
19na	PRORROGA	13 DE MARZO DE 2010	12 DE SEPTIEMBRE DE 2010
20ma	PRORROGA	13 DE SEPTIEMBRE DE 2010	12 DE MARZO DE 2011
21ra	PRORROGA	13 DE MARZO DE 2011	12 DE SEPTIEMBRE DE 2011
22da	PRORROGA	13 DE SEPTIEMBRE DE 2011	12 DE MARZO DE 2012
23ra	PRORROGA	13 DE MARZO DE 2012	12 DE SEPTIEMBRE DE 2012
24ta	PRORROGA	13 DE SEPTIEMBRE DE 2012	12 DE MARZO DE 2013
25ta	PRORROGA	13 DE MARZO DE 2012	12 DE SEPTIEMBRE DE 2013
26ta	PRORROGA	13 DE SEPTIEMBRE DE 2013	12 DE MARZO DE 2014
27ma	PRORROGA	13 DE MARZO DE 2014	12 DE SEPTIEMBRE DE 2014

Ahora, como ya se explicó, en el mes de marzo de 2014 se le comunicó al demandante la terminación del vínculo laboral por expiración del plazo presuntivo, de acuerdo con lo establecido por el Decreto Reglamentario 2127 de 1945, artículo, 47 numeral a), a partir del 22 de abril de 2014, norma jurídica a la cual, si bien podía acudir válidamente la demandada para la terminación de la relación laboral por el vencimiento del plazo pactado sin tener a su cargo indemnización alguna por ello, no es menos cierto que para ese momento el contrato ya se encontraba prorrogado hasta el 12 de septiembre de 2014, lo cual da lugar a la indemnización reclamada por el tiempo faltante en los términos del artículo 51 del Decreto 21247 de 1945, tal como lo concluyó la a quo.

Así las cosas, agotada la competencia de esta Sala al haberse resuelto la apelación en los términos indicados, no queda otro camino que confirmar la sentencia apelada en su integridad.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

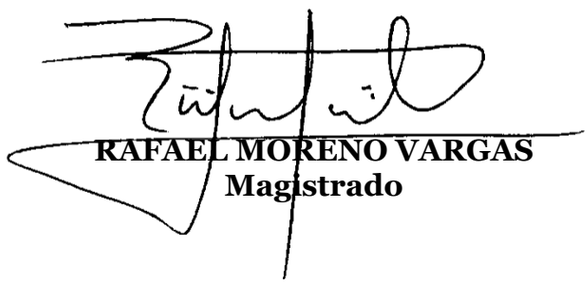
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

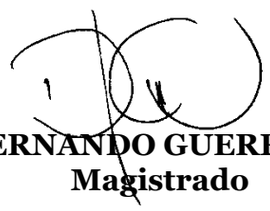
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. - SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de ALBERTO LUIS LLERAS NORIEGA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, Rad. 110013105-038-2018-00368-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de abril de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **ALBERTO LUIS LLERAS NORIEGA** por medio de apoderada judicial, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que le asiste derecho al reconocimiento y pago de pensión de una pensión de invalidez de acuerdo a lo estipulado en la Lay 860 de 2003; en consecuencia, se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, la modificación parcial de las resoluciones GNR 183807 del 22 de junio de 2016 y SUB 92821 09 de junio de 2017, mediante las cuales se le reconoció pensión especial de vejez anticipada por invalidez y la reliquidación de dicha prestación respectivamente; en su lugar, se reconozca bajo la modalidad de pensión de invalidez, a partir de la fecha de estructuración, de acuerdo con el principio de favorabilidad constitucional. Como consecuencia de ello, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de invalidez, a partir del 14 de

octubre de 2011, fecha de la estructuración de la invalidez. Que se condene a la entidad mencionada al reconocimiento y pago del retroactivo pensional a partir del 14 de octubre de 2011 y hasta el 1° de febrero de 2014, fecha del respectivo ingreso a nómina por parte de la entidad demandada. Se ordene a COLPENSIONES aplicar el 64.5% del IBL. Finalmente, que se ordene el reconocimiento del retroactivo por el reajuste pensional a partir del reconocimiento de la prestación económica; junto con la indexación de las condenas, así como también al pago de las costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató que tiene una pérdida de la capacidad laboral del 63.30% de origen enfermedad y riesgo común, calificada a través del Dictamen No. 8701787-4875 del 20 de abril de 2017 con fecha de estructuración del 14 de octubre de 2011, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Indicó que mediante Resolución GNR 183807 del 22 de junio del 2016, COLPENSIONES, le reconoció pensión especial de vejez anticipada por invalidez a partir del 12 de noviembre de 2015, en cuantía de $2.354.583, de acuerdo con la calificación emitida por COLPENSIONES. Señaló que el 28 de abril de 2017 solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento de la reliquidación de la prestación económica. Expresó que mediante Resolución SUB 92821 del 09 de junio de 2017 la entidad demandada procedió a reconocer la reliquidación de la pensión a partir del primero 01 de enero de 2014. Adujo que, mediante solicitud del 05 de julio de 2017, solicitó a COLPENSIONES la modificación parcial de la Resolución SUB 92821 del 09 de junio de 2017, respecto de la modalidad de reconocimiento de la prestación económica, como pensión anticipada de vejez por invalidez a pensión de vejez, y en consecuencia, el derecho al reconocimiento del retroactivo y de la reliquidación de la pensión. Agregó que, mediante resolución SUB 127490 del 17 de julio de 2017, la entidad demanda resolvió negativamente la solicitud deprecada respecto al cambio de modalidad pensional y su consecuente retroactivo causado a partir de la fecha de estructuración. Mencionó que el reconocimiento realizado por parte de COLPENSIONES respecto de una prestación económica lleva intrínseco la condición más favorable, en aras de garantizar al afiliado la debida aplicación normativa sobre su prestación particular, caso en el cual, le es más favorable el reconocimiento bajo los criterios exigidos para la pensión de invalidez que para la pensión especial de vejez anticipada por invalidez como le fue reconocida. Añadió que COLPENSIONES concedió la pensión de invalidez con un IBL de $3.629.671 al cual se le aplicó una tasa de reemplazo equivalente al 62.55%. Manifestó que, por tener más de 1150 semanas cotizadas, tiene derecho a que se le aplique una tasa de reemplazo de 64.5% conforme el

literal b del artículo 40 de la Ley 100 de 1993. Finalmente manifestó que la reclamación administrativa como requisito de procedibilidad fue debidamente agotada de acuerdo con las resoluciones emitidas por la entidad demandada donde se negó el reconocimiento pretendido (fls. 01 a 16).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que en razón a que, al demandante, mediante resolución GNR 183807 de 22 de junio de 2016, se le reconoció pensión especial de vejez anticipada por invalidez, señaló que el ordenamiento jurídico colombiano no contempla la conversión entre la prestación reconocida y la pensión de invalidez. Agregó que la pensión requiere del conocimiento del origen de la discapacidad, enfermedad o accidente y de la cotización de 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la perdida de la capacidad laboral, conforme a la Ley 860 de 2003, es decir, dentro del lapso del 14 de octubre de 2009 hasta el 14 de octubre de 2011, fecha última de estructuración de invalidez y conforme a la historia laboral actualizada al 14 de febrero de 2009, dentro del lapso mencionado, el demandante realizó cotizaciones por 14 semanas, lo que indica que no acreditó el requisito para el reconocimiento pretendido. Finalmente argumenta su oposición en el entendido que no hay razón para la modificación de la modalidad de reconocimiento pensional dado que el actor no acredita los requisitos establecidos en la ley para tal efecto. Como excepciones de fondo, propuso las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 70 a 83).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 23 de abril de 2021, el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez conforme a lo estipulado en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la ley 860 del 2003. Condenó a la demandada a reconocerle, liquidarle y pagarle al actor la pensión de invalidez, teniendo en cuenta para el efecto una tasa de reemplazo del 64.5% que debe aplicarse al ingreso base de liquidación que se determina en los términos del artículo 21 de la ley 100 de 1993. Así como el retroactivo de mesadas pensionales causados desde el 14 de octubre del año 2011, fecha de estructuración de invalidez y

hasta el 12 de noviembre del año 2015, fecha a partir de la cual se reconoció pensión especial de vejez anticipada, como también las diferencias existentes entre las mesadas efectivamente pagadas con ocasión del reconocimiento de la pensión especial de vejez anticipada por invalidez y el valor que realmente correspondía sufragar por concepto de mesadas pensionales derivadas de la pensión de invalidez a que tiene derecho a partir del 12 de noviembre del año 2015. Agregando que ambas prestaciones son incompatibles y en consecuencia solo podrá disfrutar de la pensión de invalidez. Indicó que las sumas respectivas deberán ser indexadas. Autorizó a COLPENSIONES para que del retroactivo de mesadas y de diferencias de mesadas pensionales, descuente los aportes al sistema de Seguridad Social en salud, en la proporción que legalmente corresponde. Condenó en costas a la accionada.

Para arribar a esta decisión, señaló en síntesis, que en el caso en concreto el actor cumplía con los presupuestos de la Ley 860 del 2003 para al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, pues su fecha de estructuración fue el 14 de octubre de 2011, fecha para la cual, el accionante contaba con un total 1176.71 semanas, que fueron las tenidas en cuenta para el reconocimiento pensional especial anticipado, y que la pérdida capacidad laboral era del 63.30% de origen común y contaba con más de 50 semanas en los últimos 3 años a la fecha de estructuración, esto es, desde octubre de 2008 a octubre 2011; en consecuencia, el actor tenía derecho al pago de las mesadas pensionales causadas desde el 14 de octubre de 2011, fecha de estructuración de invalidez y hasta el 12 de noviembre de 2015, fecha en la cual operó el reconocimiento de la pensión especial de vejez anticipada. Señaló que en ese contexto al reconocerle la prestación con una tasa de reemplazo del 62.58% se generaban diferencias frente a lo que tenía derecho el accionante desde el 14 de octubre de 2011, por consiguiente, había lugar al pago de las diferencias de mesadas pensionales con relación a la pensión concedida. Advirtió que no se convierte una prestación en otra, porque esa disposición legal esta derogada, que lo reconocido, es una prestación en ciertas condiciones que son más favorables que la pensión de vejez anticipada por invalidez, siendo ambas incompatibles, por lo que reconoció la más favorable.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación parcial argumentando para tal efecto que, efectivamente al demandante se le debe conocer una pensión de invalidez, pero consideró que la conversión entre la pensión

anticipada de vejez y la pensión de invalidez solamente fue determinada por el artículo 10 del Decreto 758 de 1990 indicando que la pensión de invalidez se convertirá en pensión de vejez a partir del cumplimiento de la edad mínima fijada para adquirir el derecho, añadió que respecto a las solicitudes realizadas, COLPENSIONES hizo unos reconocimientos a favor del demandante y estos debieron ser tenidos en cuenta en virtud de la Resolución GNR 183807 del 22 de junio de 2016, reconociéndole el pago de la pensión especial de vejez anticipada al demandante y en virtud a ello, la entidad le pago una mesada por valor de $2.354.000 y que posteriormente esta prestación fue reliquidada a favor del demandante por un valor total de $45.738253 que fue pagado en el mes de julio de 2017 por lo cual, ya se había hecho el pago del retroactivo correspondiente y además de ello se pagaron las mesadas adicionales, se hicieron los descuentos a salud y esta buena fe debió tenerse en cuanta, para no ser tan rígida la Sentencia en cuanto a las costas, pues considera la suma de $3.000.000 resulta muy alto. En tal sentido solicita se revoque de manera parcial, específicamente frente al hecho que debe reducirse la condena en costas.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos en similares términos a los expuestos en la demanda y alzada respectivamente.

PROBLEMA JURÍDICO

Precisado el anterior escenario jurídico y probatorio, corresponde a esta Corporación, establecer si el demandante tiene derecho a la pensión de invalidez por favorabilidad, en los términos solicitados en la demanda. De ser así, verificar si hay lugar a modificar el valor de prestación y si hay lugar a estudiar lo relativo al valor de las costas procesales impuestas en primer grado.

CONSIDERACIONES

En el presente caso, no existe controversia alguna frente a la condición de invalido que ostenta el señor ALBERTO LUIS LLERAS, lo cual se corrobora con el Dictamen de Determinación de Origen y/o Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez -JNCI- el 20 de abril de 2017, entidad que le determinó una pérdida de capacidad laboral del 63.30%, de

origen - enfermedad común por el diagnóstico *Enfermedad de Parkinson* y con fecha de estructuración 14 de octubre de 2011 (Exp. Digital: *01CuadernoFisico.pdf, Págs. 55 a 67*).

De igual modo, se observa en el plenario que COLPENSIONES mediante Resolución 183807 del 22 de junio de 2016, le reconoció pensión especial de vejez anticipada por invalidez con base a concepto emitido por COLPENSIONES en el cual se había calificado un 53.39% de pérdida de su capacidad laboral con fecha de estructuración 12 de noviembre de 2015 y una deficiencia del 28.39%. Todo lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en el parágrafo 4° del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El monto de la prestación se calculó en los términos de los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, con una tasa de remplazo del 62.58% sobre Ingreso Base de Liquidación -IBL- de $3.762.517, para una mesada inicial a partir del 12 de noviembre de 2015 de $2.513.988. Posteriormente, se reliquidó dicha prestación a través de la Resolución SUB92821 del 09 de junio de 2017, teniendo en cuenta el aludido dictamen proferido por la JNCI, retrotrayendo el reconocimiento pensional hasta el 01 de febrero de 2014 -fecha posterior a la última cotización- en la suma de $2.271.448 (Exp. Digital: *01CuadernoFisico.pdf, Págs. 73 a 97*).

Lo anterior permite determinar que el régimen legal aplicable para la fecha de su invalidez, según la norma vigente, era el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, norma que exigía para dejar acreditado el derecho haber cotizado 50 semanas en los últimos 3 años, requisito que con claridad cumple el actor, pues entre el 14 de octubre de 2008 y el 14 de octubre de 2011, registra un total de 62.43 semanas (Exp. Digital: *GRP-SCH-HL-2016_2364397-20160308053310*), por lo que se concluye que con la disposición legal aplicable cumple el requisito para acceder a la prestación invocada, tal como lo definió el juez a quo en la sentencia de primer grado. De modo que, bien podía optar por esta vía si le era más favorable esta prestación, antes que por la prestación anticipada por vejez tanto por la fecha del reconocimiento como por el valor de la pensión.

Ahora bien, frente a la fecha de disfrute fijada a partir del 14 de octubre de 2011, la Sala no encuentra ningún reparo toda vez que el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, determina que el reconocimiento de las mesadas pensionales se produce a partir del momento en que se produzca el estado de invalidez, que en el caso del actor fue determinado en la fecha antes citada, razón por la que se confirmará dicha definición, es decir a partir del 14 de octubre de 2011.

En lo que refiere al monto de la pensión de invalidez, debe decirse que el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 establece en su literal a), que corresponde al 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, ello, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%, como es el caso del accionante (63.30%); y revisada la historia laboral se tiene que el demandante logró cotizar entre el 17 de octubre de 1978 y el 31 de diciembre de 2009 un total de 1185.71 semanas, por lo que sumó 685.71 adicionales a las 500 mínimas (45%) las cuales representan un 19.5% adicional para una tasa de remplazo total del 64.5% y al aplicar este porcentaje sobre el IBL establecido en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, el cual, según los cálculos efectuados por la Sala correspondió a la suma de $3.334.907,19, resulta una mesada pensional para el año 2011 de $2.151.015,13, que actualizada al año 2014, fecha en la que se reconoció finalmente la prestación anticipada por parte de COLPENSIONES, arroja un valor de $2.330.033 superior al calculado por la accionada ($2.271.448). Todo lo anterior según las siguientes liquidaciones:

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO	SBC	ÍNDICE	ÍNDICE	DÍAS DEL	SALARIO	IBL
DESDE	HASTA	COTIZADO		INICIAL	FINAL	PERIODO	INDEXADO	
1/09/1999	30/11/1999	$ 2.034.000	1	52,180000	105,240000	90	4.102.303	$102.557,57
01/12/1999	31/12/1999	$ 2.033.670	1	52,180000	105,240000	30	4.101.637	$34.180,31
1/01/2000	31/07/2000	$ 2.033.670	1	57,000000	105,240000	210	3.754.797	$219.029,83
01/08/2000	30/09/2000	$ 2.115.017	1	57,000000	105,240000	60	3.904.989	$65.083,15
01/10/2000	31/12/2000	$ 2.115.000	1	57,000000	105,240000	90	3.904.958	$97.623,95
01/01/2001	31/03/2001	$ 2.115.017	1	61,990000	105,240000	90	3.590.650	$89.766,25
01/04/2001	30/04/2001	$ 2.115.000	1	61,990000	105,240000	30	3.590.621	$29.921,84
01/05/2001	31/07/2001	$ 2.115.017	1	61,990000	105,240000	90	3.590.650	$89.766,25
01/08/2001	31/08/2001	$ 2.115.000	1	61,990000	105,240000	30	3.590.621	$29.921,84
01/09/2001	31/12/2001	$ 2.284.218	1	61,990000	105,240000	120	3.877.901	$129.263,38
1/01/2002	31/08/2002	$ 2.284.218	1	66,730000	105,240000	240	3.602.444	$240.162,95
01/09/2002	31/12/2002	$ 2.466.955	1	66,730000	105,240000	120	3.890.639	$129.687,97
1/01/2003	31/07/2003	$ 2.466.955	1	71,400000	105,240000	210	3.636.167	$212.109,76
01/08/2003	31/12/2003	$ 2.649.510	1	71,400000	105,240000	150	3.905.244	$162.718,51
1/01/2004	29/02/2004	$ 2.649.510	1	76,030000	105,240000	60	3.667.426	$61.123,77
01/03/2004	31/03/2004	$ 2.889.510	1	76,030000	105,240000	30	3.999.632	$33.330,27
01/04/2004	31/07/2004	$ 2.649.510	1	76,030000	105,240000	120	3.667.426	$122.247,55
01/08/2004	31/08/2004	$ 1.984.456	1	76,030000	105,240000	30	2.746.865	$ 22.890,54
01/09/2004	31/12/2004	$ 2.834.937	1	76,030000	105,240000	120	3.924.093	$130.803,09
01/01/2005	28/02/2005	$ 2.834.937	1	80,210000	105,240000	60	3.719.596	$61.993,26
01/03/2005	31/05/2005	$ 2.834.947	1	80,210000	105,240000	90	3.719.609	$92.990,22
01/06/2005	30/06/2005	$ 1.133.979	1	80,210000	105,240000	30	1.487.844	$12.398,70

01/09/2005	30/09/2005	$ 229.000	1	80,210000	105,240000	30	300.461	$2.503,84
01/10/2005	30/11/2005	$ 382.000	1	80,210000	105,240000	60	501.205	$8.353,42
01/02/2006	31/03/2006	$ 2.005.000	1	84,100000	105,240000	60	2.508.992	$41.816,53
01/04/2006	30/04/2006	$ 1.778.000	1	84,100000	105,240000	30	2.224.931	$18.541,09
01/05/2006	31/08/2006	$ 2.005.000	2	84,100000	105,240000	120	2.508.992	$83.633,06
01/09/2006	30/11/2006	$ 2.309.000	2	84,100000	105,240000	90	2.889.407	$ 72.235,18
01/12/2006	31/12/2006	$ 2.005.000	1	84,100000	105,240000	30	2.508.992	$20.908,26
01/01/2007	31/01/2007	$ 1.700.000	1	87,870000	105,240000	30	2.036.053	$ 16.967,11
01/02/2007	30/11/2007	$ 2.586.000	1	87,870000	105,240000	300	3.097.196	$258.099,69
01/12/2007	31/12/2007	$ 2.245.000	1	87,870000	105,240000	30	2.688.788	$22.406,57
01/01/2008	31/01/2008	$ 1.904.000	1	92,870000	105,240000	30	2.157.607	$17.980,06
01/02/2008	30/11/2008	$ 2.896.000	1	92,870000	105,240000	300	3.281.738	$273.478,20
01/12/2008	31/12/2008	$ 2.323.000	1	92,870000	105,240000	30	2.632.416	$ 21.936,80
01/01/2009	31/01/2009	$ 2.132.000	1	100,000000	105,240000	30	2.243.717	$18.697,64
01/02/2009	28/02/2009	$ 3.070.000	1	100,000000	105,240000	30	3.230.868	$26.923,90
01/03/2009	31/03/2009	$ 3.475.000	1	100,000000	105,240000	30	3.657.090	$ 30.475,75
01/04/2009	30/04/2009	$ 3.177.000	1	100,000000	105,240000	30	3.343.475	$ 27.862,29
01/05/2009	30/11/2009	$ 3.106.000	1	100,000000	105,240000	210	3.268.754	$190.677,34
01/12/2009	31/12/2009	$ 1.350.000	1	100,000000	105,240000	30	1.420.740	$11.839,50
					TOTAL, DÍAS (10 AÑOS)	3.600		
					TOTAL, SEMANAS (10 AÑOS)	514,29	IBL	$3.334.907,19
TOTAL, SEMANAS COTIZADAS (1.181.71)								
TASA DE REEMPLAZO		64,5%			PENSION			$2.151.015,13
SALARIO MÍNIMO		2.011			PENSIÓN MÍNIMA			$535.600,00

AÑO	Variación IPC	Mesada	Mesada COLPENSIONES deflactada
2.011	0,0373	$ 2.151.015	$ 2.097.855
2.012	0,0244	$ 2.231.248	$ 2.176.105
2.013	0,0194	$ 2.285.690	$ 2.229.202
2.014	0,0366	$ 2.330.033	$ 2.271.448

En ese sentido, es claro que resultaba más favorable concederle la pensión por invalidez al actor que la pensión anticipada que consagra el parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual habrá de confirmarse la decisión, sin embargo, como el A quo no concretó las condenas pese a que en el expediente se cuenta con la información y datos requeridos para tal finalidad, se modificará la decisión.

Previo a concretar las condenas por concepto de retroactivo pensional, así por las diferencias causadas, se pasará a estudiar la excepción de prescripción, para lo cual, debe señalarse que no hay lugar a declararla probada, toda vez que el derecho pretendido se hizo exigible con la expedición del dictamen emitido por la JNCI y que le fue comunicado el 21 de abril de 2017 (pág. 53), advirtiendo que la parte actora elevó reclamación administrativa solicitando el 05 de julio de 2017 la conversión de la pensión anticipada por invalidez a una pensión de invalidez con su respectiva liquidación (pág. 58), la que fue resuelta en forma definitiva con la Resolución SUB 127490 del 17 de julio de 2017, fecha en que se interrumpió la

prescripción en los términos del artículo 151 del C.P.T.S.S. en concordancia con el artículo 6º ibidem, presentando la demanda el 06 de julio de 2018 (pág. 63), esto es dentro del término trienal contemplado en el artículo 488 del C.S.T., razón por la que no hay lugar a declararla probada como lo determinó el juez de primer grado.

Así las cosas, se procede a calcular el valor del retroactivo pensional sobre 13 mesadas anuales en los términos del Acto Legislativo 001 de 2005, el cual, se calcula desde el 14 de octubre de 2011 hasta el 31 de enero de 2014, toda vez que la pensión anticipada se reconoció a partir del 1º de febrero de 2014, arrojando la suma de $68.578.786, tal como se discrimina en el siguiente cuadro:

AÑO	SMLMV	No. mesadas	TOTAL
2.011	$2.151.015	3,5	$7.528.553
2.012	$2.231.248	13	$29.006.224
2.013	$2.285.690	13	$29.713.976
2.014	$2.330.033	1	$2.330.033
TOTAL- RETROACTIVO			**$68.578.786**

En cuanto a las diferencias causadas se calculan desde el 01 de febrero de 2014 hasta el 31 de mayo de 2017. Los guarismos arrojan como diferencias adeudadas la suma de $6.571.792.

AÑO	Variación IPC	Mesada	Mesada COLPENSIONES	DIFERENCIA	No. MESADAS	TOTAL
2.014	0,0366	$2.330.033	$2.271.448	$58.585	12	$ 703.018
2.015	0,0677	$2.415.312	$2.354.583	$60.729	13	$ 789.478
2.016	0,0575	$2.578.829	$.513.988	$64.840	13	$ 842.925
2.017	0,0409	$2.727.111	$2.658.542	$68.569	13	$ 891.394
2.018	0,0318	$ 2.838.650	$ 2.767.277	$71.373	13	$ 927.851
2.019	0,0380	$ 2.928.919	$ 2.855.276	$73.643	13	$ 957.357
2.020	0,0161	$ 3.040.218	$ 2.963.777	$76.441	13	$ 993.737
2.021	-	$ 3.089.166	$ 3.011.494	$ 77.672	6	$466.032
TOTAL- RETROACTIVO POR DIFERENCIAS						**$6.571.792**

Frente a la orden de pagar indexadas las sumas objeto de condena, no tiene reproche alguno la condena impartida, pues la misma está dirigida a paliar los efectos negativos de la devaluación del peso colombiano por el simple transcurso del tiempo, con la finalidad de que el valor a pagar no pierda su valor nominal constante y actualizado a la fecha en que se realice el pago.

Finalmente, y en lo que atañe a la imposición de costas, resulta imperante para la sala recordarle a la recurrente que en voces del artículo 365 del CGP, la parte vencida en juicio será condenada a su pago, de acuerdo con lo anterior y en tanto no se acreditó ninguna circunstancia que exonere a la entidad de su pago se deberá

confirmar la sentencia impugnada; y en lo que respecta al valor de las agencias en derecho tasadas por el Juez de Primera Instancia, es menester precisar que la oportunidad procesal pertinente para dicho propósito es con la notificación del auto que aprueba las costas procesales de conformidad con lo previsto en el numeral 5º del artículo 366 del CGP, el cual dispone que la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho sólo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.

De igual manera, se confirmará la decisión en lo atinente a la autorización a COLPENSIONES para que del retroactivo efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, los cuales operan de manera automática ya que es un aporte obligatorio que debe realizar el pensionado.

En tal virtud, queda resuelta tanto la consulta que opera en favor de COLPENSIONES, como la apelación formulada. De tal modo que se modificará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

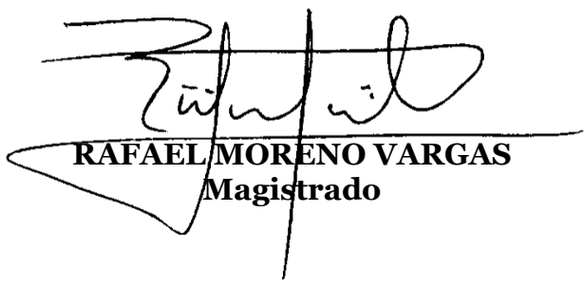
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que el derecho pensional por invalidez se reconoce a partir del 14 de octubre de 2011 hasta el 31 enero de 2014, y que el retroactivo por mesadas pensionales causadas en ese lapso de tiempo ascienden a la suma de $68.578.786. Precisando que la mesada para el año 2021 asciende a $3.089.166; y que a partir del 01 de febrero de 2014 se adeudan diferencias pensionales, cuyo retroactivo pensional causado hasta el 30 de junio de 2021 asciende a $6.571.792, sin perjuicio de las que se causen a futuro, en trece (13) mesadas al año, conforme a los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

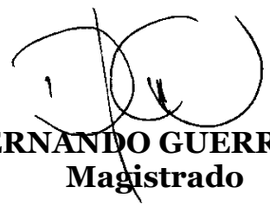
TERCERO: Sin costas en esta instancia, al considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de GLORIA ISABEL MORALES PARRA contra SAUTO ANDINA SAS. Rad. 110013105-038-2019-00260-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver sendos recursos de apelación interpuestos, contra la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de abril de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **GLORIA ISABEL MORALES PARRA**, a través de apoderada judicial, presentó demanda ordinaria contra SAUTO ANDINA SAS, en reorganización, a fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo, en consecuencia se condene a la demandada al pago del reajuste de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones por haber hecho el pago sobre un salario inferior al realmente devengado durante el periodo comprendido entre el 02 de febrero de 2009 y el 17 de febrero de 2019. Igualmente, se condene a la accionada al pago de la indemnización moratoria, la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización por despido en estado de debilidad manifiesta, junto con la sanción por no consignación de cesantías a un fondo. Finalmente se condene al pago de la indexación sobre las sumas que así lo permitan, más las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que laboró para la sociedad SAUTO ANDINA SAS desde el 02 de febrero de 2009 hasta el 17 de enero

de 2017, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de analista de control interno y cumpliendo el horario de lunes a viernes de 7 am a 5 pm. Afirmó que su último salario fue de $1.376.100 pesos más $300.000 que recibía mensualmente por concepto de bonificación, rubro que no era tenido en cuenta para el pago de las prestaciones sociales. Explicó que fue despedida sin justa causa, toda vez que la empresa se basó en hechos que no tenían fundamento y que habían ocurrido dos meses antes de la terminación del contrato, aunado a que no fueron demostrados. Agregó que al momento de la terminación de la relación laboral, la demandada no tuvo en cuenta que tenía pendiente un tratamiento médico por parte de neurología, máxime cuando había estado incapacitada. Finalmente, manifestó que la demandada no tuvo en cuenta el valor de la bonificación para el pago de la liquidación (fls.1 a 9).

CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada **SAUTO ANDINA SAS** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que para ello que en el contrato de trabajo suscrito con la demandante se acordó que cualquier pago o beneficio adicional al pactado como salario no constituiría factor prestacional. Aclaró que el auxilio referido por la demandante fue concedido a partir del 01 de junio de 2012 y no desde la fecha de la celebración del contrato de trabajo. Señaló que la demandante tuvo varios llamados de atención verbales por parte de la Jefatura de Talento Humano, aunado a que fue llamada a descargos dentro de un proceso disciplinario en el que se encontró que su conducta atentó en contra del desarrollo de las actividades de la empresa, en consecuencia, el vínculo laboral fue finalizado con justa causa. Añadió que la conducta desplegada por la actora constituía una falta grave de acuerdo a la ley y el reglamento interno del trabajo. Arguyó que la actora solo presentó algunas constancias de incapacidad médica por un tratamiento médico derivado de una enfermedad de origen común. Advirtió que en el examen de egreso la demandante no mencionó sobre algún tipo de tratamiento o afectación a la salud de carácter común. Mencionó que efectuó el pago de prestaciones sociales de conformidad con lo establecido en el contrato de trabajo y en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. Propuso como excepciones las de «inexistencia de la obligación», «cobro de lo no debido» y «buena fe» (fls. 94 a 101).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 20 de abril de 2021, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que según el artículo 128 del CST no constituyen salario las sumas que ocasionalmente o por mera liberalidad otorga el empleador y aquellos beneficios convencionales o extralegales que han sido excluidos expresamente del salario, resaltando que es necesario que esos emolumentos no enriquezcan el patrimonio del trabajador, sino que sean destinados para el desempeño de sus funciones. Señaló que las partes acordaron en el contrato de trabajo que los beneficios individuales, institucionales o extralegales concedidos por el empleador no constituirían salario, conforme al artículo 15 de la Ley 50 de 1990, dentro de los cuales encontró el auxilio de transporte concedido a la actora desde julio de 2012, según informe de la demandada del 06 de junio de 2012, precisando que el informe no da cuenta de una situación irregular, contrario sensu, demuestra la espontaneidad en el otorgamiento del bono. Explicó que el auxilio de transporte otorgado por la empresa accionada tenía el objetivo de aliviar el gasto de transporte de la demandante por si eventualmente debía tomar taxi o desplazarse en su propio vehículo, siendo un rubro que no buscaba retribuir el servicio, ni enriquecer su patrimonio, más allá de que no tuviera que rendir cuentas sobre su destinación, pues ello no constituye un requisito para que el empleador reconozca un auxilio a sus trabajadores.

De otro lado, manifestó que la accionada demostró una justa causa para la terminación del vínculo laboral, esto es que la demandante omitió hacer el registro de ingresos de dinero que fueron detectados en un proceso de arqueo dentro de la empresa, causando que se encontraran sobrantes no registrados, lo que configuró un incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales. Añadió que en el acta de descargos la accionante aceptó que efectivamente incurrió en la omisión de registros de dinero que fueron producidos por venta de chatarra de la empresa, dando paso a la aplicación del artículo 62 del CST que establece como justa causa cualquier violación grave de las obligaciones que tiene el trabajador o una negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o las cosas, aseverando que la actora puso en riesgo la seguridad de las cosas porque pudo haber perdido dinero, perjudicar los registros contables o causar que las entidades de control iniciaran un control por ingresos no operacionales.

Arguyó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 2007 sólo cobija a las personas que tengan más del 15% de pérdida de capacidad laboral, aclarando que la demandante no acreditó que tuviera ese porcentaje de pérdida de capacidad

laboral o siquiera hubiera adelantado un proceso para ello. Agregó que aun cuando la demandante padeciera una enfermedad que la ubicara en ese ámbito de protección, la indemnización sólo procede si la desvinculación tuvo un nexo con la limitación de la persona, resaltando que la demandante fue despedida por una justa causa objetiva.

RECURSO DE APELACIÓN

El agente del Ministerio Público presentó recurso de apelación, argumentando que pese a que los empleadores y trabajadores están facultados para celebrar acuerdos que excluyan del salario ciertos pagos efectuados con motivo de la relación laboral, es menester tener en cuenta que no todo acuerdo de exclusión salarial es válido y para determinar si un emolumento constituye salario se debe observar si se trata de una remuneración directa del servicio, si es un ingreso patrimonial, el carácter oneroso del pago y la habitualidad u ocasionalidad del mismo. Aseveró que la demandante no cumplía funciones fuera de su sede de trabajo, pues el único desplazamiento que realizaba era desde su domicilio al lugar del trabajo, de forma que el auxilio de transporte no estaba encaminado a facilitar el cumplimiento de las funciones de la actora, sino que se trata de un rubro que impide el egreso del patrimonio de aquella para gastos de transporte, los cuales tienen carácter patrimonial y por ende, ingresan a su patrimonio. Resaltó que el carácter retributivo no sólo incluye los montos que ingresan, sino también los que no egresan del patrimonio del trabajador, de tal suerte que los $300.000 pesos enriquecían el patrimonio de la actora porque los gastos de transporte no salían de su capital. Arguyó que se probó que la demandante recibió el auxilio de transporte desde el 2012 hasta el 2019 cuando finalizó la relación laboral, por lo que el pago fue permanente y habitual. Señaló que la cláusula genérica del contrato de trabajo sobre exclusión salarial y el documento del 06 de junio de 2021 emanado de la empresa, no se adecuan a los parámetros establecidos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, toda vez que el acuerdo encaminado a establecer los beneficios que no tendrán carácter salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado, de tal forma que en caso de duda se debe aplicar la regla general, esto es, que a falta de pacto expreso el pago es retributivo y constituye salario. Señaló que el hecho de que el auxilio de transporte tenga naturaleza salarial, hace que surja la obligación de pagar la indemnización moratoria, precisando que la empresa tuvo la intensión de no reconocer el pago total del salario que recibía la demandante, aunado a que no se allegaron pruebas objetivas que comprobaran su buena fe. Finalmente solicitó revocar la sentencia y conceder

el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones e indemnización moratoria.

La apoderada de la accionante presentó recurso de apelación en contra de la totalidad de la decisión, arguyendo que no se tuvo en cuenta que todos los ingresos percibidos por el trabajador deben ser tenidos en cuenta para la base salarial y prestacional. Explicó que el acuerdo de exclusión salarial pactado por las partes no produce efecto alguno, dado que los pagos se realizaron de manera constante durante toda la relación laboral, causando que ese monto constituyera una base prestacional a tener en cuenta para el pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios. Arguyó que no se acreditó que la demandada haya pagado esos dineros para cubrir los gastos de transporte, dado que la demandante podía disponer de esos emolumentos como deseara, aclarando que en el acuerdo no se dispuso que ese rubro fuera para gastos de transporte. De otro lado, adujo que en el concepto ocupacional del examen de egreso de la actora, se solicitó una valoración por neurología y ortopedia, dado que al momento de la terminación del contrato aquella padecía meningitis, aclarando que no fue posible determinar la pérdida de capacidad laboral por las incapacidades que había tenido de hasta 2 meses. Respecto de la causa alegada por la demandada para finalizar el vínculo laboral, aseveró que para esa data la demandante no se pronunció al respecto porque estaba vigente una cláusula de confidencialidad de información, no obstante, argumentó que esas sumas de dinero no hacían parte de la contabilidad, aunado a que no tenían relación con el objeto del contrato laboral celebrado con la demandante, ni con sus funciones y obligaciones como gerente de contabilidad. Resaltó que esos dineros no eran registrados en la contabilidad de la empresa, sino que se registraban en paralelo por razones fiscales.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el apoderado de la accionada presentó alegatos de conclusión solicitando se confirme la decisión de primera instancia. Por su parte, la parte demandante guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer si el beneficio

denominado *«auxilio de rodamiento»*, constituye factor salarial para el pago de las prestaciones sociales. Así mismo, determinar si la aquí demandante es beneficiaria de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, o si por el contrario la terminación del contrato obedeció a una causal objetiva. Finalmente, estudiar si hay lugar al pago de la indemnización moratoria y la indemnización por no consignación de cesantías.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en esta instancia judicial no se discute que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo como extremos el periodo comprendido entre el 02 de febrero de 2009 y el 17 de enero de 2019 según se desprende de la copia del contrato de trabajo (fls. 21 a 23, 102 a 104), como de la cláusula de confidencialidad (fls. 105 a 106), del certificado laboral (fl. 132) y de la comunicación de terminación del vínculo laboral (fls. 26 a 32), lo cual da cuenta que la actora fue contratada bajo la modalidad de contratación a término indefinido, aspectos sobre los cuales no se realizará manifestación alguna.

Ahora bien, para resolver el primer problema jurídico propuesto, la H. Sala Laboral de la CSJ, ha definido en la sentencia radicada al No. 46167 del 29 de julio de 2015 (SL9827-2015), que con la modificación del artículo 15 de la Ley 50 de 1990 se estableció la posibilidad que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador, que normalmente y de acuerdo con los elementos consagrados en el artículo 127 del aludido estatuto sustantivo podrían ser considerados como salario, no produzcan los efectos jurídicos de ese tipo de retribución, por razón de lo dispuesto expresamente por las partes.

A juicio de la aludida Corporación, no obstante dicha facultad, la cláusula de exclusión salarial no debe ser admitida inexorablemente, por el sólo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen, sino que por el contrario debe establecerse si efectivamente la cláusula de exclusión salarial cumple o no los requerimientos establecidos en los artículos 127 y 128 del CST, para determinar si efectivamente los conceptos allí enlistados constituyen o no salario (Ver entre otras, la sentencia CSJ SL1798-2018, rad. 63988).

Ahora bien, se encuentra probado en el proceso que el salario pactado al momento de suscribirse el contrato, fue de $800.000 pesos mensuales, suma que aumentó con el transcurrir del tiempo, tal como se observa en los desprendibles de nómina aportados (fls. 24 a 25 y 134). Aunado a ello, se verifica que la demandante comenzó a percibir además de la aludida asignación salarial, un auxilio de rodamiento, según documento emitido por la accionada denominado *«Novedades de personal»*, obrante a folio 141 y en el que se expresó *«autorizo auxilio de rodamiento por valor de $150.000=ciento cincuenta mil pesos m/cte a partir del 01 de junio de 2012 mensuales»*, monto que en efecto era percibido quincenalmente según se advierte de los desprendibles de nómina que reposan a folios 24, 25 y 134, por lo que la suma mensual recibida por este concepto era de $300.000 pesos, tal como lo confirmó la representante legal de la accionada al absolver el interrogatorio de parte. Sin embargo, la accionada arguye que el mismo no era constitutivo de salario, pues tenía por objeto compensar a la trabajadora por el pago de taxis que debía tomar cuando salía de la empresa a altas horas de la noche.

Al respecto, considera la sala que tales pagos deben ser estudiados a la luz del análisis efectuado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, además de lo expuesto, en lo enseñado en la SL5159 del 14 de noviembre de 2018, en la cual consideró lo siguiente:

> ***«3.2. CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO.***
>
> *Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.*
>
> *Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo. De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario.* ***Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada.***
>
> ***3.3. LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES***

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

*Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. **Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades**; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.*

*Además de lo anterior, esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, **«pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva,** incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, **la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo**» (CSJ SL1798-2018).*

3.4. LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL12220- 2017, la Corte adoctrinó:

*[…] no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, **los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos**, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. Bajo esta consideración, **el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa**. Al respecto, en sentencia CSJ SL8216-2016 la Corte señaló: Se pactó así, en favor del trabajador el pago de $362.000 mensuales a título de auxilio y se le restó incidencia salarial. Sin embargo, en dicho documento no se presentó una explicación circunstancial del objetivo de ese pago, ya que no se justificó para qué se entrega, cuál es su finalidad o qué objetivo cumple de cara a las funciones asignadas al trabajador. Es*

decir, las partes en el referido convenio le niegan incidencia salarial a ese concepto sin más, de lo que habría que concluir que se trata de un pago que tiene como causa inmediata retribuir el servicio subordinado del demandante».

En ese orden, cabe resaltar que la accionada tenía la carga de probar que el pago recibido por la demandante no era remunerativo, para lo cual allegó copia del contrato de trabajo, documento denominado *«Novedades de personal»* y comprobantes de nómina de los periodos correspondientes al 16 y 30 de diciembre de 2018 y al del 01 y 15 de enero de 2019. Así mismo la Señora MARTHA JEANET MORENO GALEANO en calidad de representante legal de la accionada, absolvió interrogatorio de parte en el que declaró que la demandante recibía un auxilio de transporte de $300.000 pesos mes a mes, dado que aquella se quedaba una o dos veces por semana en la empresa y al salir debía tomar taxi porque era de noche, explicando que antes de reconocer tal beneficio, la actora presentaba los vales de taxi y la empresa le reembolsaba su valor.

En relación al contrato de trabajo, la Sala advierte que la cláusula séptima del mismo, en la que se pactó una exclusión salarial, no ofrece elementos de juicio suficientes para deducir que se trata de una clausula expresa, clara, precisa y detallada sobre la no incidencia salarial del auxilio de rodamiento, toda vez que que de manera general se establece que *«Las partes acuerdan que todo beneficio o auxilio individual, institucional o extralegal que EL EMPLEADOR llegare a conceder a EL EMPLEADOR, tales, como, alimentación y/o refrigerio ya sea en dinero o en especie, otorgamiento o uso de vehículo, pago de seguros por vehículos o medicina prepagada o de vida o de cualquier otra naturaleza, o bono premios o cualquiera que sea su denominación no constituyen salario para ningún efecto laboral, ni de liquidación de prestaciones sociales, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 50 de 1990»*, de tal suerte que no es factible deducir que aquella estipulación genérica restó la incidencia salarial del aludido beneficio, máxime cuando ni siquiera se hizo mención a los gastos de transporte.

En este escenario, la Corporación considera que el pago por concepto de auxilio de rodamiento discutido en este juicio en efecto es de carácter salarial, tesis que se funda en el hecho de la causación permanente de los mismos y a que estos se reconocían como retribución directa de las labores desempeñadas por la demandante, toda vez que del examen de las pruebas documentales arrimadas al expediente, ninguna da cuenta del porqué se pagaba dicho auxilio, echando de menos un acuerdo de exclusión salarial expreso, claro, preciso y detallado, de modo pues, que aparte de lo dicho por la accionada, no se presentó una explicación circunstancial del objetivo de esos pagos.

La anterior tesis, es decir que dichos pagos se circunscriben a la regla general de que todo lo que percibe el trabajador es salario y a falta de prueba en contrario, eran conceptos que estaban orientados a retribuir directamente la actividad laboral de la demandante, esto es, la labor de analista de control interno y no para mejorar las condiciones de la trabajadora, es la que se desprende de la prueba aportada al plenario; aunado a lo anterior, el reconocimiento de estos valores no fueron eventuales, sino mes a mes, reafirmándose que eran habituales, periódicos y permanentes, tal como lo afirmó la representante legal de la accionada.

De igual manera, considera la sala que la demandada no demostró, conforme a las reglas del artículo 167 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPT y de la SS, que esos recursos reconocidos y pagados fuesen empleados o destinados exclusivamente al transporte de la actora, pues no se allegó prueba alguna sobre ello, lo que permite concluir que la pasiva tomó una porción, del 20% del total de los ingresos de la actora, y los designó como auxilio para ocultar su verdadero carácter de salario.

Así las cosas, y al encontrar demostrado que el auxilio de rodamiento constituye factor salarial por cuanto no se celebró acuerdo de exclusión salarial, es decir, que los mismos se causaban como retribución directa de la prestación del servicio de la actora, aunado al hecho de que su reconocimiento era habitual, y que el empleador no demostró que esos recursos reconocidos y pagados fuesen empleados en el transporte de la demandante, son razones más que suficientes por las cuales se revocará la decisión de primera instancia en cuanto a la incidencia salarial del auxilio de rodamiento, siendo procedente la reliquidación pretendida. En tal medida, resultaría procedente realizar la reliquidación de prestaciones sociales pero a partir del mes de junio de 2012, advirtiendo que no fue propuesta la excepción de prescripción, sin embargo, evidencia la Sala que no se informó el salario devengado para los años 2012 a 2016, lo cual impide acceder a los mismo, pues era una carga que le correspondía a la parte interesada, máxime cuando en el proceso se demostró que el salario no fue fijo para toda la relación laboral. En tal medida, se ordenarán únicamente los reajustes para los años 2017 a 2019, cuando finalizó el contrato, así se tiene que para el año 2017 el salario se calcula en la suma de $1.645.500 (fl. 112) y, para los años 2018 y 2019 en $1.676.100.

En ese orden, una vez realizadas las operaciones aritméticas, se obtiene lo siguiente:

2017

CESANTIAS 2017

Días Trabajados	Salario	Valor cesantías
360	$ 1.645.500	$1.645.500

INTERESES CESANTIAS		
Días Trabajados	**Salario**	**Intereses cesantías**
360	$1.645.500	$197.500

VACACIONES		
Días Trabajados	**Salario**	**Valor Vacaciones**
360	$ 1.645.500,00	$ 822.750

PRIMA DE SERVICIO		
Días Trabajados	**Salario**	**Valor Prima**
360	$ 1.645.500	$1.645.500

TOTAL CON SALARIO REAJUSTADO	$4.391.382,00
CALCULADO CON SALARIO BASICO	$3.525.210
DIFERENCIA	$786.000

2018

CESANTIAS 2018		
Días Trabajados	**Salario**	**Valor cesantías**
360	$ 1.676.100,00	$ 1.676.100

INTERESES CESANTIAS		
Días Trabajados	**Salario**	**Intereses cesantías**
360	$ 1.676.100,00	$ 201.132,00

VACACIONES		
Días Trabajados	**Salario**	**Valor Vacaciones**
360	$ 1.676.100,00	$ 838.050,00

PRIMA DE SERVICIO		
Días Trabajados	**Salario**	**Valor Prima**
360	$ 1.676.100,00	$ 1.676.100,00

TOTAL CON SALARIO REAJUSTADO	$4.391.382

CALCULADO CON SALARIO BASICO	$3.605.382
DIFERENCIA	$786.000

2019

CESANTIAS 2019		
Días Trabajados	**Salario**	**Valor cesantías**
17	$ 1.676.000,00	$79.144

INTERESES CESANTIAS		
Días Trabajados	**Salario**	**Intereses cesantías**
17	$1.676.000,00	$9.497,33

VACACIONES		
Días Trabajados	**Salario**	**Valor Vacaciones**
17	$1.676.000,00	$39.572

PRIMA DE SERVICIO		
Días Trabajados	**Salario**	**Valor Prima**
17	$1.676.000,00	$79.144

TOTAL PRESTACIONES A PAGAR	$207.358
PAGADO CON SALARIO BASICO	$174.715
DIFERENCIA	$33.043

De lo anterior se deduce que entre los años 2017 y 2019 se adeuda por diferencias en las prestaciones y acreencias laborales, la suma de **$1.605.043**, razón por la cual se revocará la decisión en este puntual aspecto.

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

La jurisprudencia ha precisado que cuando se pretende la indemnización por terminación sin justa causa del contrato, se distribuye a cada una de las partes del proceso la carga de la prueba, al trabajador le corresponde acreditar el rompimiento del vínculo laboral por tratarse de un hecho constitutivo de la responsabilidad del empleador, una vez demostrado, éste último debe justificar su proceder, si lo hay (CSJ sentencias SL2148 del 13 jun. 2018 rad. 61164, SL1166 del 18 abril de 2018 rad. 46384 y SL5523 de 6 abr. 2016 rad. 41280, entre otras

muchas). Advirtiendo que no es admisible, de manera posterior alegar causales o motivos diferentes.

Teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado, considera la sala que la parte actora acredita la ruptura del vínculo laboral con el oficio No. 00020 de 2019 por medio del cual la parte demandada da por terminado el contrato de trabajo el día 17 de enero de 2019 (fls. 26 a 32), situación que a su turno es aceptado por la pasiva.

Ahora bien, al estar demostrado el hecho del despido por la parte actora, se debe establecer si la sociedad demandada dio por terminado el contrato de trabajo con o sin justa causa, para ello debemos remitirnos a la aludida carta de despido, la cual, en su contenido se especificó que la terminación se daba por lo siguiente:

«La Jefatura de Gestión Humana de Sauto Andina S.A.S. — En Reorganización, apoyada para el efecto en la agencia judicial externa de la compañía, y luego de haber adelantado el proceso disciplinario establecido en el Reglamento Interno de Trabajo y en el Código Sustantivo del Trabajo, así como también, de valorar las pruebas solicitadas y adjuntadas por parte de las áreas de Contabilidad y Presidencia de la Empresa; se permite informarle a través del presente documento, la 'TERMINACIÓN POR JUSTA CAUSA DE SU CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO, por la constatación del incumplimiento grave a sus obligaciones labores consagradas en literal "e" del artículo 38; numerales 1, 5, 9, 13, 14, 17 y 19 del artículo 43; numeral 24 y parágrafo 4 del artículo 45, todos estos del Reglamento Interno de Trabajo; y numerales 1 y 5 del Código Sustantivo del Trabajo.

La decisión aquí contenida, se toma en virtud de las situaciones de hecho y de derecho, que se exponen a continuación:

HECHOS

1. La señora Gloria Isabel Morales Parra, fue contratada por la empresa AndinaTrim S.A.S., el día 2 de febrero de 2009, a través de un contrato de trabajo escrito a término indefinido.
2. El cargo a desempeñar por parte de la señora Morales Parra, era el de Asistente de Dirección Ejecutiva.
3. El día 2 de febrero de 2009, la señora Morales Parra, firmó la cláusula de confidencialidad contractual; documento adjunto al contrato de trabajo enunciado en el numeral primero del presente título.
4. El día 19 de noviembre de 2015, se presentó una sustitución patronal entre AndinaTrim S.A.S. y Sauto Andina S.A.S., siendo esta última la empresa a la que quedó vinculada laboralmente la señora Morales Parra.
5. En virtud de la Sustitución Patronal enunciada en precedencia, se mantuvieron todas y cada una de las condiciones laborales que existían desde el 2 de febrero de 2009, a favor de la señora Gloria Isabel Morales Parra.
6. Teniendo en cuenta que la señora Morales Parra, le manifestó a la empresa su avance académico en el área de contaduría pública; Sauto Andina S.A.S. -En Reorganización, el día 15 de noviembre de 2018, decidió asignar a la señora Morales al cargo de Analista de Control Interno, cargo vinculado a la Gerencia de Contabilidad de la compañía.
7. La promoción señalada en el numeral precedente, fue enunciada a la empresa, y comunicada a la señora Morales Parra, a través de correo electrónico fechado 1 de noviembre de 2018.
8. Desde el momento de la promoción laboral pluricitada, y hasta la fecha del presente documento, la señora Gloria Isabel Morales Parra, se encuentra desarrollando el cargo de analista de control interno. (…)
Es por lo expuesto que, Sauto Andina S.A.S. — En Reorganización, estableció en su Reglamento Interno de Trabajo, la existencia del proceso disciplinario laboral, únicamente con el propósito de garantizar el debido proceso al que tiene derecho el trabajador, y cumplir con el espíritu consagrado en las normas de orden superior.
En vista de lo anterior, dentro del desarrollo del proceso disciplinario adelantado en contra de la Señora Gloria Isabel Morales Parra, se evidenció lo siguiente:
1. La existencia de una queja formal, presentada en debida forma por parte de la Gerencia de Contabilidad, en la que se pone en conocimiento de la Jefatura de Gestión Humana, la ocurrencia del incumplimiento de algunas de las funciones de la señora Morales Parra.
2. Dentro de la diligencia de descargos No. 530 del 26 de diciembre de 2018, se observó lo siguiente:
a. El desconocimiento, quizás Intencional, de la señora Morales Parra, en desconocer la promoción

del cargo que se le efectuó, al señalar que no se realizó la misma de forma escrita, cuando a través de correo electrónico fechado 1 de noviembre de 2018, la Jefatura de Gestión Humana notificó la promoción pluricitada.
b. El reconocimiento de hechos propios del ejercicio del cargo desempeñado por parte de la señora Morales Parra; situación evidenciada en los preguntado Nos. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 ce la diligencia de descargos.
c. El conocimiento claro de la situación que motivó el desarrollo del proceso disciplinario; situación aceptada por la señora Morales Parra en el preguntado.No. 8 de la diligencia de descargos.
d. El desconocimiento, quizás intencional, de la señora Morales Parra, en la aceptación del hecho de que, durante su proceso de incapacidad médica y de recuperación de salud, la señora Aleyda Pineda se encargó de organizar las ventas de chatarra y obsoletos.
e. La aceptación libre, voluntaria y espontánea de la señora Morales Parra, en la comisión de la conducta endilgada como falta grave; situación expresada en los preguntados Nos. 21, 21 sic, 22, 23 y 24 del acta de descargos.
3. Asimismo, de la revisión del AZ contentivo de los soportes de venta de chatarra y obsoletos, se evidenció la ausencia de los soportes Nos. 480 y 481 de 2018, documentos que soportan el ingreso de los dineros que por concepto de chatarra y obsoletos obtiene la compañía.
Vislumbrado lo anterior, se tiene que el Reglamento Interno de Trabajo, al respecto del cumplimiento de las funciones de un trabajador de la compañía, establece lo siguiente:
"CAPITULO IX PRESCRIPCIONES DE ORDEN
ARTICULO 38. Los trabajadores tienen como deberes los siguientes: a) Respeto y subordinación a los superiores. b) Respeto a sus compañeros de trabajo. c) Procurar completa armonía con superiores y compañeros de trabajo en las relaciones personales y en la ejecución de labores. d) Guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de leal colaboración en el orden moral y disciplina general de la empresa. ***e) Ejecutar los trabajos que le confien con honradez, buena voluntad y de la mejor manera posible.*** *f) Hacer las observaciones, reclamos y solicitudes a que haya lugar por conducto del respectivo superior y de manera fundada, comedida y respetuosa, sin incurrir en discriminaciones o desigualdades de ningún tipo. g) Recibir y aceptar las órdenes, instrucciones y correcciones relacionadas con el trabajo, con su verdadera intención que es en todo caso la de encaminar y perfeccionar los esfuerzos en provecho propio y de la empresa en general. h) Observar rigurosamente las medidas y precauciones que le indique su respectivo Jefe para el manejo de las máquinas o instrumentos de trabajo. i) Permanecer durante la jornada de trabajo en el sitio o lugar en donde debe desempeñar sus labores, siendo prohibido, salvo orden superior, pasar al puesto de trabajo de otros compañeros."(Subrayas y negritas propias).*
(..) "ARTICULO 43. Son obligaciones especiales del trabajador: 1. Realizar personalmente la labor en los términos estipulados, observar los preceptos de este Reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes según el orden jerárquico establecido. 5. Comunicar oportunamente a la empresa las observaciones que estime conducentes para evitarle daños y perjuicios, así como cualquier acto inmoral o de mala fe que afecte a la empresa. 6-) 9. Velar por la seguridad de los bienes de la empresa, para aquellos trabajadores que tengan asignada esta función. 13. Realizar sus funciones teniendo en cuenta los procedimientos y normas establecidos por la empresa. 14. Consignar los dineros de la empresa a tiempo y en su monto correcto, para aquellos trabajadores que tengan a su cargo esta labor. 17. Mantener al día los inventarios, las cuentas de productos y dineros a su cargo. 19. Suministrar en forma inmediata los datos e informes que se le soliciten y cumplir las órdenes que le impartan sus superiores. 6-) PARAGRAFO. Se tendrá como justa causa de terminación del contrato de trabajo, el incumplimiento a una o cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente artículo, o de cualquiera de las que se haya determinado a lo largo del presente reglamento interno de trabajo."
(...)Pues bien, al comparar las disposiciones reglamentarias y legales, con la situación de hecho que dio origen al presente proceso disciplinado, se tiene que, sin lugar a dudas, la señora Gloria Isabel Morales Parra, efectivamente incurrió en la comisión de una serie de faltas graves y de prohibiciones; faltas reconocidas libre, espontánea y voluntariamente dentro de la diligencia de descargos realizada el día 26 de diciembre de 2018. En vista de lo anterior, el Reglamento Interno de Trabajo, establece como sanciones aplicables at trabajador, para el efecto, las siguientes:
"ARTICULO 47. Se establecen las siguientes clases de faltas y sanciones disciplinarias, así:
(...)
21) Realizar entradas, salidas o alteraciones en los sistemas contables y/o Inventarios sin previa autorización o sin seguir los procedimientos establecidos por la empresa dará lugar a la terminación del contrato.
(...)
En conclusión, al observar que las faltas y prohibiciones en las que incurrió la señora Gloria Isabel Morales Parra, respecto del cumplimiento de sus obligaciones laborales, son consideradas como faltas graves de acuerdo a lo estipulado en el literal "d" del artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo de Sauto Andina, esta Jefatura decide DAR POR TERMINADO EL CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO SUSCRITO EL 2 DE FEBRERO 2009».

Luego del análisis de dicha documental, la Sala observa que la falta calificada como grave se circunscribió, en síntesis, al hecho que la actora incumplió injustificadamente con su gestión como Analista de Control Interno, específicamente en que no reportó el ingreso de los dineros recaudados por la venta de chatarra y obsoletos de la empresa en los meses de septiembre, octubre y

noviembre de 2018, lo que se concretó en un sobrante de dinero a favor de la empresa. Se extrae también del mencionado texto, que la empresa fundó su determinación en el numeral 6º del literal a) del artículo 62 del CST, norma que establece como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, por parte del empleador: «*Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos».*

De igual modo, fundó la decisión en lo dispuesto en los numerales 1 y 5 del artículo 58 del CST, relacionada con las obligaciones especiales del trabajador y los cuales disponen: *«**1a**. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido»; «**5a**. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios».*

Aunado a lo anterior, se sustentó el finiquito contractual en lo dispuesto en los artículos 38, 43, 47 y 48 del Reglamento Interno del Trabajo, no obstante, tal documento no fue arrimado al plenario, por lo que el estudio del problema jurídico resolverse únicamente con base en las normas legales alegadas.

En ese orden, se aportó acta de diligencia de descargos del 26 de diciembre de 2018 (fls. 114 a 119), donde la actora manifestó en síntesis que desempeñaba el cargo de Analista de Control Interno e indicó que «*En agosto de 2017 se me asignó la función de recibir dineros provenientes de la venta de chatarra, cojinería y obsoletos los cuates organice, ya que no tenían ningún control anterior, todos los movimientos de estos dineros eran aprobados, recibidos y controlados por la Sra. Aleyda Pineda, quien puede confirmar el manejo adecuado y preciso que se le daba a estos dineros, a pesar de no ser unos dineros contabilizados ante la empresa, pero ella siempre veló por el buen funcionamiento de los dineros y los pagos. Al regreso de mi incapacidad médica se me exigió entregar las funciones que venía desempeñando en Presidencia, a lo cual le di prioridad para el desarrollo de la actividad qua deseaban realizar, al llegar al Departamento de Contabilidad, debí reconstruir, septiembre, octubre y noviembre de 2018, ya que en estos mesas, en septiembre me encontré hospitalizada, en octubre*

incapacitada y noviembre para actualizar el cierre de estos dineros. Debí hacerlo y a solicitud de la Gerente Ana Daza, para entregarle los mismos y realizar el arqueo pertinente, luego de realizar todos los ingresos y los egresos, se presentó un sobrante de dinero, que lo soportan legalmente los recibos de caja, donde está, contabilizados, pagados y aprobados por la Sra. Aleyda Pineda», señaló igualmente que a partir de 2017, el señor Carlos Pineda le asignó la función de recibir y controlar el dinero producto de la venta de chatarra y obsoletos de la empresa, con el fin de tener un control real de los ingresos. Respecto a por qué no entregó, documentó o clarificó las operaciones contables en el tiempo que le concedió su jefe directa, respondió que «*Al ser solicitados los soportes, con el tiempo dado por mi Jefe inmediata, se seguía identificando los soportes verificados y revisados por la Sra. Aleyda, no estaba registrado el ingreso del dinero quo se pagó»*, así mismo ante la pregunta de *«¿Si era su función, por qué no los elaboró, encontró o reportó? »*, contestó que «*No se realizó el registro en su momento»*. De igual modo, explicó que al momento de recibir la incapacidad médica tenía los dineros de la chatarra y obsoletos en su escritorio, empero no comunicó a algún funcionario sobre la existencia de los mismos para reportarlos o salvaguardarlos. Finalmente, manifestó que manejó sumas de dinero cuantiosas y nunca se presentó inconveniente alguno, además que, se había acoplado a las funciones asignadas por la empresa, aun cuando había sido trasladada de forma inesperada al Departamento de Contabilidad, en donde según su parecer cambiaron las condiciones para desmejorar su situación.

De igual manera, la representante legal de la accionada, señora MARTHA JEANET MORENO GALEANO refirió que, al realizar una auditoría del dinero en efectivo, fue hallado un sobrante porque la demandante no registró los comprobantes de los dineros que había recibido en la contabilidad, aclarando que la demandante debía llevar un cuadro de control con cada uno de los dineros que recibía, el cual era revisado por su jefe para efectuar la auditoría.

Pues bien, de la revisión del haz probatorio en precedencia, analizado bajo el prisma del principio de la sana critica tal y como lo prescribe el artículo 61 del CPT y SS, claramente se vislumbra que la demandante sí incurrió en la justa causa alegada por el empleador, es decir que incumplió injustificadamente su función de recibir y controlar el dinero producto de la venta de chatarra y obsoletos de la empresa, advirtiendo que dicha labor sí estaba a cargo de la actora, pues como se vio, así lo admitió en la diligencia de descargos del 26 de diciembre de 2018, siendo claro que la omisión del registro de los dineros aludidos constituye un

incumplimiento a las obligaciones propias de su cargo, lo cual, desde luego constituye una falta grave, lo que da lugar a la terminación del contrato con justa causa de conformidad con el numeral 6 del artículo 62 del CST y los numerales 1 y 5 del artículo 58 de la misma obra. En efecto, está suficientemente acreditado que la actora incumplió con sus funciones de registro y control de las ventas de chatarra y obsoletos de la empresa, sin llevar el debido cuidado en el relacionamiento de las operaciones contables a su cargo.

De otro lado, en el recurso de alzada formulado por la parte actora, se arguyó que la demandante guardó silencio en la diligencia de descargos porque estaba vigente una cláusula de confidencialidad, empero, al observar la respuesta a la pregunta número 10 formulada en dicho trámite (fl. 116), se advierte que la demandante se refirió a una reserva de la información sólo para responder que no podía revelar el motivo por el cual la empresa no contabilizaba directamente los dineros recibidos por venta de chatarra y obsoletos, circunstancia que no tiene incidencia alguna en el desarrollo de su función y por ende, tampoco justifica el incumplimiento de la labor por parte de la actora, máxime cuando no se trataba de terceros ajenos a la empresa, aunado a que escapa de la órbita laboral, evaluar la contabilidad de la sociedad demandada.

Ahora, con lo hasta aquí expuesto basta para concluir que no es dable reconocer a la demandante la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, toda vez que la parte actora no logró establecer un nexo de causalidad entre su patología y la terminación del contrato, ya que se encuentra demostrado que la finalización del vínculo laboral obedeció a una causa legal y objetiva, y de manera exclusiva se dio por el incumplimiento de las funciones de la demandante. Por tanto, teniendo en cuenta el anterior material probatorio, concluye diáfanamente la Corporación que la entidad demandada logró probar que no existió nexo de causalidad alguno entre la terminación del contrato de trabajo de la demandante y su situación de salud, con lo que la presunción de discriminación, queda descartada.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS (Arts. 65 CST y 99 Ley de 1990)

Finalmente, en lo que refiere a estas sanciones, como es sabido, y lo ha decantado en abundante jurisprudencia el máximo órgano de cierre de esta especialidad, las indemnizaciones moratorias pedidas, tienen un carácter sancionatorio para castigar al empleador moroso en el pago sus obligaciones patronales a la

culminación del contrato de trabajo y resarcir los perjuicios ocasionados por la mora; pero su imposición no procede de manera automática e inexorable ante el incumplimiento de pago, sino que se ha recabado sobre su carácter subjetivo que compele a hacer miramientos sobre la buena o mala fe en el proceder del empleador incumplido, de modo que este puede exonerarse de su fustigación, si comprueba que tuvo justificaciones atendibles que lo abstuvieron de realizar el pago de las prestaciones sociales o salarios insatisfechos, tal y como lo establecido la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 24397 del 13 de abril de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

Al respecto, esta Sala evidencia que no se logró desvirtuar la presunción de buena fe de la accionada, toda vez que canceló en desarrollo del contrato la totalidad las prestaciones que se fueron causando, así como a la finalización del contrato, el valor resultante de la liquidación del contrato de trabajo (fl. 58), pues así lo acredita el comprobante de pago obrante a folio 59 del plenario. Además, es preciso aclarar que los conceptos que han de ser pagados por la accionada son producto de la reliquidación hasta aquí efectuada, lo que confirma que no son valores que estuvieran a cargo de la demandada y que deliberadamente y sin justificación alguna haya dejado de cancelar, conducta que es la censurada con las sanciones aquí estudiadas. En consecuencia, se tornan improcedentes las condenas por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 CST, así como la contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En conclusión, encuentra esta Corporación que la decisión adoptada por el Juez A quo, en lo atinente al auxilio de rodamiento, habrá de ser revocada para en su lugar condenar al pago de la reliquidación de prestaciones sociales de la demandante. En todo lo demás se confirmará la decisión de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia corren a cargo de la parte accionada, dadas las resulta del proceso.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

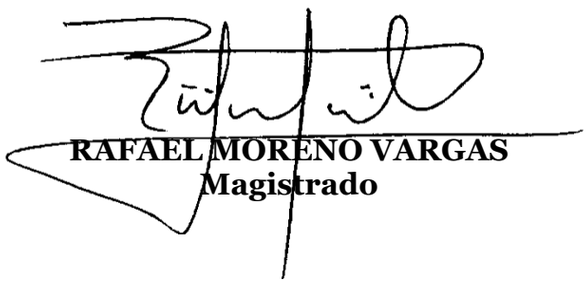
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia objeto de estudio, para en su lugar condenar a la demandada SAUTO ANDINA SAS a pagar a la demandante GLORIA ISABEL MORALES PARRA, la suma de $1.605.043, por concepto de reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones, según lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de acuerdo con las consideraciones expuestas en precedencia.

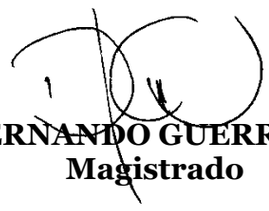
TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las costas de primera instancia corren a cargo de la parte accionada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

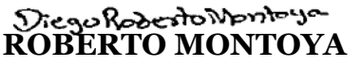
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUIS ALBERTO ROJAS MARQUEZ contra COLPENSIONES, AFP'S COLFONDOS, PROTECCIÓN Y PORVENIR. Rad. 110013105-031-2019-00545-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las accionadas, AFP PROTECCION, AFP PORVENIR Y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de abril de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **LUIS ALBERTO ROJAS MARQUEZ** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual –RAIS efectuado ante la AFP PROTECCION el 05 de junio de 1994, así mismo se declare la ineficacia de los traslados horizontales efectuados a PORVENIR y COLFONDOS, declarándose que para todos los efectos nunca se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RMPDP. En consecuencia, se condene ordene a COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por el demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con las sumas de dinero que se percibieron por conceptos de pagos de administración debidamente indexados y a COLPENSIONES a recibirlos, actualizando su historia laboral. Se ordene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez; se ordene a COLFONDOS pagar al demandante la diferencia que se presente entre las mesadas que le fueren pagadas en caso que se obtenga la

pensión de vejez por parte del trámite judicial y las que hubieren correspondido en caso de haber obtenido su pensión de vejez desde la misma fecha, estando afiliado al RPM. Se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho, así como lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que efectuó aportes al Instituto de Seguros Sociales -ISS desde agosto de 1980 hasta marzo de 1994. Que solicitó afiliarse al RAIS administrado por PROTECCION donde efectuó cotizaciones desde junio de 1994 hasta marzo de 2002, precisando que previo a la afiliación, se le informó que en este fondo se podría pensionar a la edad que quisiera y que no tendría que esperar hasta la edad de pensión que exigía el RPMPD. Adicional a esto, PROTECCION le informó que en el RAIS se pensionaría por un monto más alto al que le correspondía al RPMPD. Sumado a ello, PROTECCION nunca le informó cuales eran las características del RAIS ni del RPMPD; seguido a ello PROTECCION tampoco le informó cuales eran las condiciones específicas para obtener la pensión de vejez tanto en el RAIS como en el RPMPD. Explicó que PROTECCION omitió informarle los riesgos que implicaban su afiliación y permanencia tanto en el RAIS como en el RPMPD. Tampoco se le informó sobre las ventajas y desventajas objetivas que tenía tanto en el RAIS como en el RPMPD. Además, nunca le informó que la mesada pensional dependería del capital que lograra acumular en la cuenta de ahorros, de su expectativa de vida y la de sus posibles beneficiarios, de la rentabilidad del fondo, así como la edad al momento de la solicitud de la prestación. En ese sentido, arguyó que PROTECCION omitió informarle al poderdante que una de las formas de obtener la pensión más alta que la que se obtendría con el RPMPD era a través de cotizaciones voluntarias. Manifestó igualmente, que PROTECCION no dio a conocer con anterioridad al diligenciamiento del formulario de la afiliación al representado, las alternativas de pensión que dicho fondo ofrecía así como los requisitos para acceder a cada una de ellas, aunado a que nunca le comunicó al mandante que el monto de su mesada podría ser variable dependiendo de la modalidad de pensión que este escogiera. Tampoco se le informó que en caso de afiliarse a dicho fondo, su mesada pensional podría ser menor a la que podía acceder en caso de permanecer en el RPMPD efectuando cotizaciones que en dicha AFP; no se le presentó una proyección acerca de lo que sería la mesada pensional en caso de afiliarse al RAIS administrado por dicha entidad así como tampoco efectuó proyección de lo que sería el monto de su pensión en caso de permanecer afiliado al RPMPD. Adicionalmente PROTECCION nunca advirtió acerca de las diferencias en la distribución de los aportes a pensión existente entre los dos regímenes pensionales, ni antes de su afiliación ni durante el tiempo corrido durante esta. De otro lado, indicó haberse afiliado dentro del RAIS

administrado por los fondos COLFONDOS, PORVENIR y nuevamente COLFONDOS, los cuales, tampoco le informaroon cuales eran las características del RAIS ni del RPMPD, tal y como ocurrió con el fondo primigenio. Concluyó indicando que la afiliación inicial al RAIS así como su permanencia en el mismo no fue producto del suministro de información cierta, completa, veraz e imparcial por parte de dichas administradoras sino que fue omitida dicha información que debía ser puesta en consideración al momento de la afiliación. Finalmente, informó haber presentado reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 22 de Abril de 2019 y a la fecha de presentación de la demanda no había sido contestada (fls. 2 a 19).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la parte actora no probó causal alguna que de que la afiliación a la AFP PROTECCIÓN es ineficaz, teniendo en cuenta que se cumple con los presupuestos legales para su existencia y que no infringe la norma, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad, y por tanto, no puede haber regreso automático del demandante al RPMPD. Formuló como excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 63 a 89 y 119 a 122).

La **AFP PROTECCIÓN**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, arguyendo para tal fin, que no existe causal alguna de ineficacia de la que adolezca el acto mediante el cual se afilió la demandante, pues la vinculación a PROTECCIÓN S.A se dio en estricto cumplimiento de los requisitos legales de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 ya que fue una decisión libre, voluntaria, espontánea y sin presiones mediada por una asesoría adecuada y suficiente que produjo efectos jurídicos para ambas partes y que no puede desvirtuarse con base en afirmaciones indeterminadas sin ningún asidero fáctico y jurídico; por el contrario, explicó que Protección cumplió con su deber de asesorar y acompañar a la demandante y en ningún tiempo la engañó, ni mucho menos la obligó a afiliarse a esta entidad, pues realmente se le suministró una asesoría completa, veraz y profesional, basada en los lineamientos legales y dentro de las reglas de la sana competencia, en la cual, el demandante pudo obtener

la suficiente información y conocimiento para tomar una decisión responsable y debidamente informada. Agregando, que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Que en el formulario de vinculación que suscribió el demandante se podía observar que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado. Que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria. Como excepciones de fondo, formuló las de «Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir», «la proyección pensional realizada por la parte demandante no constituye prueba de la diferencia en el monto de la pensión», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento Indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones», «Innominada o Genérica», «inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» y «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa» (fls. 143 a 155).

La **AFP COLFONDOS**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando en primer lugar que no fue esta AFP la que efectuó el traslado de régimen pensional, pues el actor efectuó traslado entre administradoras de pensiones, de igual manera, al actor se le brindó una re asesoría, la cual fue de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias del RAIS con el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes de dicho régimen, de modo que la pretensión carece de fundamento jurídico y asidero fáctico, pues no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento, sumado a que el actor suscribió el formulario de vinculación al RAIS de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Formuló como excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «no existe prueba de causal de nulidad alguna», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «buena fe», «compensación y pago», «saneamiento de cualquier presunta nulidad de la

afiliación», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero» y «nadie puede ir en contra de sus propios actos» (Fls. 180 a 205).

La **AFP PORVENIR S.A.,** contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la pretensión está dirigida contra un tercero ajeno como lo es PROTECCION S.A y COLFONDOS S.A., advirtiendo que a la parte demandante le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y que la fue producto de una decisión libre e informada, después de haber recibido una asesoría sobre las implicaciones de su decisión, del funcionamiento del RAIS y en especial de las condiciones pensionales individuales, tal como se apreciaba en la solicitud de vinculación, documento público en el que se manifestó que se escogió a PORVENIR para que fuera la única administradora de los aportes pensionales. Agregó que no hay lugar a la nulidad por cuanto no hay vicios del consentimiento y tampoco se evidencia causa y objetos ilícitos. Formuló las excepciones de fondo que denominó como «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «excepción genérica» (Exp. Digital: *001. Contestación de la Demanda Porvenir S.A.pdf*).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 25 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, teniendo como consecuencia, válidamente afiliado al demandante en el RPMPD. Condenó a las demandadas AFP PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A., a trasladar a la AFP COLFONDOS S.A., las sumas que descontó a lo aportado por el demandante, por concepto de gasto de administración y seguros. Condenó a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de sumas de dinero que recibió el demandante por concepto de aportes junto con los rendimientos y fluctuaciones sin que sea posible descontar algunas sumas de dinero que recibió el demandante por concepto de gasto de administración y seguros entre otros; igualmente a que la AFP COLFONDOS S.A., traslade las sumas de dinero que a su vez le trasladen PROTECCION y PORVENIR a COLPENSIONES. Condenó a COLPENSIONES a recibir al demandante en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado de régimen y en el momento que se cumplan los requisitos si hay lugar a ello acceder al reconocimiento pensional. Absolvió de las demás pretensiones.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó de acuerdo a la

jurisprudencia laboral en torno al deber de información y frente al traslado de régimen efectuado por medio de COLMENA, dedujo que tanto del formulario de afiliación inicial como de los demás traslados horizontales en el RAIS, no podía concluirse válidamente que efectivamente al momento del traslado se haya cumplido con el deber de información, que se le haya suministrado al demandante una información clara, completa, comprensible que comprenda todos requisitos y especificaciones de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la cual era de obligatorio cumplimiento. Sin que del interrogatorio de parte se pudiera establecer confesión en torno a que haya recibido la información con las anotadas características, para entenderse que se trasladó con un consentimiento informado. De tal modo que no se cumplió con la carga de la prueba que les correspondía a las demandas, de modo que el traslado era ineficaz, lo cual traía como consecuencia el traslado de aportes, junto con los rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales, sin deducción alguna. En lo que refiere al reconocimiento pensional, indicó que se constituía una petición antes de tiempo, pues el actor cuando presentó la solicitud y acudió a la jurisdicción ordinaria no tenía los requisitos legalmente exigidos, aunado a que no había retiro del sistema de pensiones, lo cual no obstaba para que en un futuro cuando se retirara hiciera la solicitud y COLPENSIONES hiciera el respectivo estudio y eventual reconocimiento.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandada de **PROTECCION** presentó recurso de apelación de manera parcial en lo referido a la condena por devolución de cuotas de administración y seguros previsionales, los primeros por ser autorizados directamente por la Ley, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, y en su artículo 7 ley 797 de 2003 que faculta a las AFP a hacer devolución del 3% sobre el 16% de los aportes realizados al sistema general de pensiones ya que este mencionado descuento se usa para cubrir los gastos de administración para pagar las primas de seguro pensional y opera en ambos regímenes de ahorro individual como en el régimen de prima media, que con la condena de primera instancia que ordena devolver los dineros a la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por comisión de indemnización y se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente a eso ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual fruto de la buena gestión de la administración realizada por PROTECCION por lo que la AFP tiene derecho a conservar esta comisión como

restitución mutua o a favor y no hay razón para tenerla que trasladar a COLPENSIONES. Precisando que de acuerdo a la jurisprudencia y la Superfinanciera lo único que debe devolverse es el saldo de la cuenta más los intereses; y frente al seguro previsional, manifestó que este ya fue girado a la aseguradora para que en caso de existir siniestro, sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pague la suma adicional con el fin de financiar las pensiones, de este modo está imposibilitada para solicitar una devolución o trasladársela a COLPENSIONES.

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación en el sentido de establecer que al actor no le asiste derecho a retornar al régimen de prima media, por lo prohibición legal de traslado; que del interrogatorio por parte del demandante no se observó ningún vicio del consentimiento en el traslado al RAIS, durante el tiempo que ha estado en el RAIS ha dejado clara su intención de permanecer en el con todas sus implicaciones desvirtuando la incertidumbre en cuanto su afiliación al RAIS así como los traslados horizontales realizados a lo largo de su vida.

El apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación de forma parcial respecto a la condena concerniente a seguros, pagos de seguros, pagos de administración durante el tiempo de permanencia que tuvo la demandante afiliada a PORVENIR, pues eran claras las facultades que otorgó la Ley 100 de 1993 a las administradoras de pensiones, no solamente las que integran el RAIS sino también a COLPENSIONES, está la facultad de generar los cobros por la administración realizada donde se facultan a estas para generar los cobros frente a tal gestión los cuales se vieron representadas de buena fe por parte de la AFP por el tiempo que estuvo vinculado, frente al pago de primas de seguros por contingencias de invalidez y sobrevivencia, dinero que ya no hace parte del patrimonio de la AFP y que soporta una afectación directa frente a la condena efectuada, más aun, cuando es una tercera de buena fe frente al acto del traslado y no es quien actualmente posee los aportes realizados por la parte actora para alcanzar una pensión de vejez, de modo que cumplió frente a un traslado horizontal, considerando que existe una desproporcionalidad al generar esta condena bajo los efectos de una ineficacia en sentido estricto, que soporta supuestos fácticos distintos a la línea jurisprudencial por cuanto no renunciaba a ningún beneficio pensional al momento del traslado; solicitó entonces revocar la decisión emitida por el Despacho.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y

de la Seguridad Social, los apoderados judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR, presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada. De igual forma, la parte actor presentó alegatos en procura de que se confirme la decisión. Los demás sujetos del proceso guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en

vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 33 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 23 de enero de 1958, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del 2020, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES el 22 de abril de 2019 (fls. 28 a 32), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 397 semanas cotizadas al ISS (CD fl. 94), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 05 de junio de 1994 (Fl. 96), específicamente, conforme al formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo 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 de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 96), plasmado en el

formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A., antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen (05 de junio de 1994, fl. 96), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que los fondos privados en los que estuvo afiliados no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ*

SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, quedan resueltas tanto las apelaciones como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

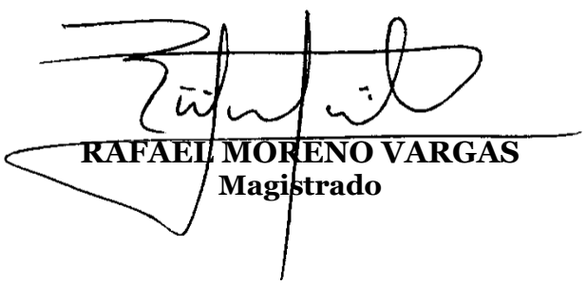
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARCO ARTURO MORA GUTIERREZ Y OTRA contra AFP PROTECCION S.A. Rad. 110013105-016-2017-00415-02.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada PROTECCION S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de mayo del 2021.

ANTECEDENTES

El señor **MARCO ARTURO MORA GUTIERREZ** y la señora **LILIA MIREYA BERNAL GARZON** interpusieron demanda ordinaria laboral, en contra de PROTECCION S.A, a fin de que se declare que son titulares de la pensión de sobreviviente de forma vitalicia, a partir del 16 de septiembre de 2007, con ocasión del fallecimiento de su hijo, señor JOSE FERNANDO MORA BERNAL (Q.E.P.D). Se condene al Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECICION S.A., a reconocerles y pagarles, las mesadas causadas, indexadas a partir del 16 de septiembre de 2007, fecha de fallecimiento de su hijo afiliado y hasta la fecha de pago de las mismas y se condene a la demandada al pago de los intereses moratorios por incumplimiento de pago, así como lo que resulte ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicaron que, su hijo JOSE FERNANDO MORA BERNAL (Q.E.P.D), nació el 22 de febrero de 1985 y falleció el 16 de septiembre de 2007, estuvo vinculado al Sistema General de Pensiones en la

Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A, desde 16 de febrero de 2004 hasta su fallecimiento, mencionaron que cotizó a PROTECCION S.A un total de 164 semanas en los últimos tres años a la fecha del fallecimiento. Precisaron que, al momento del fallecimiento de su hijo, él no tenía esposa, ni compañera permanente, ni tuvo hijos. Agregaron que, contrajeron matrimonio el 15 de agosto de 1981, siendo ella ama de casa, dedicándose a la crianza y cuidado de sus hijos, y él labora en la Hacienda El Portal desde el 24 de julio de 1989 hasta la actualidad, así como también resaltó que para la fecha de fallecimiento devengaba la suma de $540.600. Añadieron que era su hijo quien solventaba las necesidades del hogar. Adujeron que mediante oficio Nro. 80771441 de fecha 23 de octubre de 2013, PROTECCION S.A. les comunicó la negación del reconocimiento de pensión de sobreviviente en calidad de padres, así como también reconoció que el afiliado fallecido cuenta con 164 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones y en los últimos tres años tiene 50 semanas. Indicaron que como consecuencia de la respuesta obtenida por PROTECCION S.A., solicitaron el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes aportando los documentos exigidos por la ley y la entidad, obteniendo como contestación al derecho de petición por parte de PROTECCION S.A., mediante oficio Nro.CAS-4800305-N7Y4B2 de fecha 14 de diciembre de 2016, que se confirmó en todas sus partes el oficio Nro. 80771441 de fecha 23 de octubre de 2013 (Fls. 41 a 46).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **PROTECCION S.A** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando para tal efecto que, no existía dependencia económica de los padres respecto de su hijo, puesto que el padre antes y con posterioridad al fallecimiento de su hijo, contaba con la posibilidad de atender los gastos de su hogar con su salario, pese al aporte que realizara su hijo de $250.000 mensuales, correspondiendo su aporte al de un buen hijo de familia, pero la congrua subsistencia de sus padres no se encontraba subordinada al mismo. Formuló como excepciones las de «inexistencia de dependencia económica», «buena fe», «innominada o genérica», «inexistencia de intereses moratorios», «prescripción» y «compensación». De igual modo, llamó en garantía a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. (Fls. 83 a 90).

La llamada en garantía COMPAÑÍA SEGUROS BOLIVAR S.A. respondió la demanda informando que los demandantes no cumplen los requisitos que establece la ley para que sea reconocida la pensión de sobrevivientes del afiliado JOSE FERNANDO MORA BERNAL, particularmente, en lo relativo a la

dependencia económica frente al causante. Formuló como excepciones las de «incumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes», «inexistencia de dependencia económica» y «prescripción» (FL. 155 a 161)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 14 de mayo del 2021, condenó a PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar a los demandantes la pensión de sobrevivientes por muerte de su hijo afiliado a partir del día siguiente de su fallecimiento, junto con sus respectivos reajustes anuales de ley, mesadas adicionales y retroactivo a que haya lugar, debidamente indexados. Declaró probada la excepción de prescripción extintiva respecto de las mesadas pensionales que se causaron hasta el día 30 de junio del año 2014, y así mismo autorizó a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A., a compensar del valor de retroactivo de mesadas pensionales, lo que corresponde al monto que entregó por devolución de saldos a la parte actora. Declaró no probadas las demás excepciones propuestas por la demandada PROTECCIÓN S.A. Asimismo, declaró que el monto de la mesada pensional deberá calcularse en los términos del artículo 48 de la Ley 100 de 1993. Absolvió a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., de las pretensiones que constituyeron el llamamiento en garantía que le hizo la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. Condenó en costas de la instancia a la AFP PROTECCIÓN S.A., y en favor de la parte demandante, como también condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A., a las costas del proceso en favor de la llamada en garantía COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que, una vez realizado el análisis del acervo probatorio allegado al proceso, tras las negativas de las reclamaciones correspondientes y con base en jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo relativo a la noción y características de la pensión de sobrevivientes y sus efectos por dependencia económica demostrada del hijo fallecido afiliado a sus padres, precisando que es una exigencia desproporcionada que la dependencia fuera total y absoluta, resultando inconstitucional y a su vez, iba en contra de los principios de solidaridad y mínimo vital, los cuales hacen plena referencia al derecho a la seguridad social en pensiones, por lo que se debía ser meticuloso sobre el examen de dicha dependencia económica y tener en cuenta la misma para el momento del fallecimiento del afiliado. Así las cosas, el Despacho concluyó que la parte actora logró demostrar que los aportes económicos, las ayudas y entregas dinerarias de JOSÉ FERNANDO MORA BERNAL, sí eran unas ayudas relevantes, considerables, consistentes, demostrándose ese aporte económico, sin el cual consideró que puede

predicarse una afectación sensible a los ingresos del núcleo familiar, a su mínimo vital cualificado que en forma constante ha interpretado la Corte Constitucional y ha reglado. Respecto a la vivienda de los padres del afiliado, la cual fue finalizada luego del fallecimiento del causante, indicó que la misma alta corporación en referencia, había mencionado que el hecho de que se tenga un predio, no constituía prueba que haya solvencia o independencia económica, para predicar que los aportes del hijo fallecido no fueran importantes.

Respecto de la tacha en contra del hermano de José Fernando Mora Bernal determinó que el testigo fue espontáneo y no halló contradicción en su dicho. Recordó que en la época en que trabajó el fallecido, el grupo familiar estaba integrado por cuatro personas, no pudiendo afirmar que para el año 2007 esa suficiencia económica era porque el señor MARCO ARTURO MORA venía trabajando de forma constante desde 1989 y porque recibía un salario básico, agregó que los ingresos de este último nunca fueron cuantiosos, ni siquiera medios, sino muy cercanos al monto del salario mínimo, aunado a que la señora LILIA MIREYA BERNAL no trabajaba ni aportaba económicamente al hogar, reiteró que los ingresos que realizaba JOSÉ FERNANDO MORA BERNAL sí eran relevantes e importantes para la economía familiar, incluso teniendo en cuenta las propias pruebas que aportó la AFP PROTECCIÓN cuando en el año 2013 indagó acerca que los gastos era de $650.000 de los cuales el hijo fallecido de los demandantes aportaba $250.000 de ese monto, por lo tanto, consideró que sí era un monto considerable y por lo que el argumento de que la ayuda del 35% es apenas una ayuda del buen hijo de familia calificó de inviable, máxime cuando el fallecido desde 2004 efectuó cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, tenía un trabajo estable, completando 164 semanas de cotizaciones, más de 3 años consecutivos cotizando, por lo que aseguró que no se trataba de un trabajador reciente o que trabajara espontáneamente sino que era un trabajador consolidado con más de tres años de cotizaciones, sin demostrar por la demanda los gastos que tenía el afiliado. Finalizó enfatizando que se cumple con lo establecido en la Sentencia C-111 de 2016, en el entendido que quedó demostrado que fue un aporte importante del hijo fallecido a sus padres, una contribución cualificada relevante para la economía familiar y que se vio truncada por el fallecimiento del señor JOSÉ FERNANDO MORA BERNAL, por lo que era viable la condena a la AFP PROTECCIÓN S.A. a que reconociera y pagase la pensión de sobrevivientes a los demandantes.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada judicial de la parte demandada PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia emitida, argumentando para tal efecto que, la dependencia económica no la encontró acreditada. Indicó que no se lograron demostrar los requisitos que exige la sentencia a la cual se refirió el Despacho para basar su decisión, pues consideró que fue una apreciación errada de la prueba allegada por la entidad, relacionada con unos créditos que el demandante confesó tener para adquirir un lote y construir una casa de vivienda, toda vez que el asunto no versaba en si tenía o no vivienda propia porque en la investigación realizada por la aseguradora Seguros Bolívar, no dieron información sobre esta situación sino fue solamente en el interrogatorio que se confesó tener capacidad económica, no sólo para ese crédito sino para dos créditos más, lo que afirmó se evidenció en la investigación, que pudo haber un mayor número de gastos por mayores ingresos recibidos por el demandante y que pudo dar a entender que el aporte del hijo era solamente el de un buen hijo de familia. Agregó que, respecto de las reglas para configurar la dependencia económica, el afiliado no aportó una suma significativa, la cual contrastaba con los gastos que se acreditaban en ese momento, más los adicionales confesados, lo que posterior al fallecimiento del causante no afectaría el mínimo vital de los padres del afiliado. Argumentó que hay gastos mensuales estéticos y de vestuario que no son necesarios y desvirtúa la dependencia económica alegada. Expresó que no encontró prueba de algún indicio de ese aporte que realizaba el hijo mayor del demandante para su congrua subsistencia, para lo que agrega que éste ni siquiera tenía afiliados a sus padres a Seguridad Social. Expresó que la información proporcionada por el testigo del demandante y compañero de trabajo era de oídas y no le constaba que así fuera. Precisó que al haberse demandado hasta el 30 de junio de 2017, la reclamación aportada no puede entenderse como interrupción de la prescripción y en consecuencia contabilizarse tres años antes de la presentación de la demanda, así que al haber reclamado la parte actora en el año 2013, dicha interrupción debía tenerse en cuenta por una sola vez y es a partir de las mesadas causadas con anterioridad a la presentación de la demanda, 30 de junio de 2017 que se debió haber tenido la correspondiente prescripción extintiva. Expuso que el despacho tampoco tuvo en cuenta que PROTECCIÓN S.A. entregó la correspondiente devolución de saldos y de la cual no se hizo el análisis que está en la declaratoria de compensación, debe ser de forma indexada, por cuanto la parte actora se ha lucrado de ella desde 2007 y debe ser devuelta. Manifestó que la interpretación del llamamiento en garantía fue parcializada y solicitó que en virtud del contrato de aseguramiento con Seguros Bolívar, se condene al pago de la suma adicional allí estipulada a favor de PROTECCIÓN S.A. y se revoque la condena en costas. Finalmente anotó que no existió prueba alguna del objeto del litigio.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el apoderado de la demandada SEGUROS BOLIVAR presentó alegatos de conclusión, en coadyuvancia del recurso de apelación interpuesto por fondo de pensiones demandado, ante la inexistencia de dependencia económica de los demandantes, y de forma subsidiaria, en caso de mantenerse la condena, solicitó se confirme igualmente la absolución a su representada. Los demás sujetos procésales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación, resolver el siguiente problema jurídico: Establecer si los demandantes **MARCO ARTURO MORA GUTIERREZ** y **LILIA MIREYA BERNAL GARZON**, acreditan los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente en calidad de padres y dependientes económicos de su hijo fallecido. De ser así, se revisará lo atinente a la excepción de prescripción, si hay lugar a extender la condena a la llamada en garantía, si hay lugar a indexar la suma que se ordenó compensar; y si debe absolverse de la condena en costas.

CONSIDERACIONES

Para desatar el problema jurídico así planteado, se ha de precisar que es un hecho indiscutido dentro del proceso, que el señor JOSÉ FERNANDO MORA BERNAL falleció el 16 septiembre de 2007 (Fl. 12). Tampoco se discute que aquel dejó configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Es decir, que la controversia se habrá de zanjar de conformidad con el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece en su literal d) que, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste.

Para ello es necesario indicar que la Corte Constitucional en sentencia C – 111 de 2006, declaró inexequible la expresión que relacionaba el concepto de dependencia económica en «*forma absoluta y total*» como se concibió inicialmente en la norma antes citada, por tanto determinó que la dependencia económica se entiende como la falta de condiciones materiales que le permitan a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes suministrarse para sí misma su propia subsistencia, por lo que

ésta supone un criterio de necesidad, que resulta indispensable para asegurar la subsistencia de quien, como en el caso de los padres, al no poder sufragar los gastos propios de la vida, pueden requerir de dicha ayuda. Por ello la dependencia económica no siempre es total o absoluta, pues no excluye que aquellos puedan percibir un ingreso adicional, siempre y cuando este no los convierta en autosuficientes económicamente, valga decir, haga desaparecer la relación de subordinación frente al hijo fallecido.

Así pues, a voces del estudio de constitucionalidad hecho en la precitada sentencia, es imperioso reconocer la pensión de sobrevivientes a aquellos padres que a pesar de percibir ingresos adicionales o cualquier otro tipo de prestación económica del que sean titulares, estos no le garantizan una autosuficiencia económica en condiciones dignas; en consecuencia, estima la citada Corporación, que no se debe demostrar por parte de los beneficiarios progenitores del causante, «*una situación total y absoluta de desprotección económica sinónimo de miseria, abandono e indigencia, con el propósito de garantizar el reconocimiento de su derecho a la pensión de sobrevivientes, es desconocer que la vida del hombre en términos constitucionales, no se limita al hecho concreto de sobrevivir, sino que exige un vivir con dignidad, esto es, de acuerdo con las condiciones que le permitan sufragar -en realidad- los gastos propios de la vida, lo que no excluye la posibilidad de los padres de obtener otros recursos distintos de la citada pensión, siempre que los mismos no le otorguen independencia económica*».

De igual forma, agrega la Corte Constitucional, es menester considerar que dada la avanzada edad los padres, ello les imposibilita abrirse campo en el mercado laboral, y procurarse un empleo que les pueda proveer un mínimo existencial, o a pesar de generarse ingresos adicionales estos son tan ínfimos, que se encuentran subordinados a la protección económica que en parte le puedan brindar sus hijos. Es por esta razón, que el precedente constitucional exige que los otros recursos adicionales que pudieran tener los padres no les alcance para su subsistencia, la cual, según la Corte, debe satisfacerse en «*términos reales y no con asignaciones o recursos meramente formales*».

De esta forma, la subordinación o dependencia al auxilio que se recibe del hijo fallecido, debe determinarse atendiendo a las particularidades de la situación personal del beneficiario, y lo único que debe escudriñar el Juez, es que los posibles ingresos adicionales no los haga autosuficientes económicamente, valga decir, que desaparezca el vínculo de sujeción a la ayuda pecuniaria del hijo. En este orden de ideas, en el plurimencionado pronunciamiento la Corte adoctrinó los criterios que se debían tener en cuenta para determinar si hay independencia económica por

parte de los padres, al momento del fallecimiento del causante, los que se sintetizan así:

1) Que los recursos económicos diferentes al auxilio que reciben del hijo fallecido, no sean suficientes para que se cubran los gastos de subsistencia mínima y tener una vida digna;
2) El devengar un salario mínimo no determina la independencia económica.
3) «No constituye independencia económica recibir otra prestación. Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993».
4) No se desvirtúa la dependencia económica por el simple hecho que el beneficiario perciba una suma dineraria mensual o ingreso adicional.
5) Los ingresos adicionales deben ser permanentes y suficientes.
6) El hecho de tener propiedad sobre un inmueble, tampoco rompe la subordinación económica.

De igual manera, el Alto Tribunal de esta especialidad en sentencia SL4103 del 2 de marzo de 2016, ha enfatizado que la dependencia económica debe tener las siguientes características: (i) la ayuda que suministraba el causante debía ser «*significativa e importante, ya que no es suficiente la regular y simple colaboración de un buen hijo a sus padres para poder predicar la dependencia económica exigida*»; (ii) tiene que ser «*relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo para quienes se ven desprotegidos*»; (iii) y si los padres devengan otros ingresos, se hace imperioso establecer «*si no eran suficientes, y si en efecto se estaba en presencia de una subordinación respecto del hijo*».

Descendiendo al caso sub examine, se observa en el cauce del debate probatorio que al presente juicio se trajeron los siguientes testimonios:

AUGUSTO PARRA, quien dijo conocer a la pareja demandante y al fallecido hijo de esta, por ser compañero de trabajo del señor MARCO MORA desde el año 1990 en la Hacienda el Portal de Bojacá (C), hacienda ganadera, y además por ser él padrino de una de sus hijas. Dijo conocer a la pareja como esposos todo el tiempo, además convivían en la misma hacienda, que la pareja tuvo 3 hijos, entre ellos el fallecido José Fernando, uno menor y otro mayor que él. Que el causante falleció un 16 de septiembre, hace unos 10 o 12 años, pero desconocía las circunstancias de tal suceso, sólo sabía que «*él estaba en el hogar y no sé qué ataque le haya dado y*

falleció en el hogar», pero desconocía el motivo. Indicó que cuando falleció «*él trabajaba en una empresa que se llamaba Soya, en el municipio de Mosquera»,* pero desconocía el cargo desempeñado. Anotó que sus hijas se criaron prácticamente con ellos en la niñez, por la amistad de compañeros de trabajo y que el causante convivía con sus padres, su hermano menor y *con la abuelita de ellos* al momento de fallecer en la referida hacienda. Reiteró que el padre era empleado de la finca y la madre se dedicaba a oficios del hogar y no tenía negocios independientes. Sostuvo que «*en esa época el sustento de ellos era lo que José Fernando aportaba para ayudas de la canasta familiar, más lo que nosotros recibíamos como empleados, nuestro sueldo», «O sea, el compadre Arturo él recibía y José Fernando le aportaba para ayudas del beneficio de la canasta familiar»*. Que lo anterior le consta «*Porque el compadre me comentaba y Fernando también me comentaba que gracias a él tenía la oportunidad de tener el trabajo en ese momento para así mismo poder aportar a la canasta familiar»*, además que el aporte era continuo, «*Quincenal, cada vez que a él le cancelaban el sueldo donde laboraba, pues aportaba en ese momento»,* que los demandantes le comentaban que «*que gracias al aporte de él se podían más o menos tener para la canasta familiar, era una buena colaboración para poder sobrevivir*»; además al señor Marco Mora le pagaban el salario mínimo para la época del fallecimiento en el año 2007. Expresó que el hijo mayor de la pareja no aportaba *«porque él ya se había organizado con su hogar en ese momento, entonces él ya era independiente»*.

Por su parte el señor **LUIS ALFONSO MORA BERNAL**, hermano mayor del causante e hijo también de la pareja, indicó que eran tres hermanos: él más el finado que era quien le seguía y Juan Guillermo que es el menor. Que el causante tenía al momento de fallecer aproximadamente 22 años y él tenía 26 años que iba cumplir. Que aquel trabajaba en una empresa de floricultura como empacador. Que él vive hace 12 año aproximadamente en unión libre y producto de esa relación tiene dos hijos, uno de 11 y otro de 6 años respectivamente, que vivía en el barrio San Agustín con la mamá de sus hijos en el municipio de Bojacá cerca de sus padres, quienes vivían con su hermano menor, quien tenía 18 años aproximadamente y cree que en ese momento estaba en el grado 11 de bachillerato, lo cual no recuerdo bien, pero estaba en ese momento sin hacer nada. Que la vivienda donde vivían sus padres en esa época no era propia, pues pertenecía al empleador de su padre y era una casa en la zona rural, con dos habitaciones, cocina y baño, precisando que desconocía cuál era el trato que había con el empleador. Anotó que su padre siempre se ha dedicado «*a la agricultura, la ganadería, lo que le salga, en este momento estaba trabajando con la parte de la ganadería, en el ordeño y mi mamá ama de casa»*. De igual modo, mencionó que su hermano ganaba el mínimo, aproximadamente entre seiscientos, setecientos mil pesos, siendo sus gastos primordialmente para ayudar en la casa, «*su mayor prioridad era la ayuda con mi mamá y con mi papá, para la supervivencia de ellos»*, el resto su *vestuario como es normal*, además él no estaba estudiando, no tenía otras obligaciones, dado que nunca tuvo hijos y nunca tuvo compañera. Agregó que el sustento de la casa partía de lo que «*ganaba mi papá y el sueldo de mi hermano»*, lo cual le consta porque «*de alguna otra forma ellos me pedían ayuda, pero por*

obvias razones no puedo, porque tenía que mantener dos niños, tengo mi esposa, tenía otras obligaciones y no podía, entonces la única digamos así, de donde se podían agarrar era de mi hermano y pues de lo que ganaba mi papá». Respecto a la cantidad y constancia de la ayuda mencionó que ésta era «*constante, a él le pagan quincenal, hasta donde recuerdo ellos hacían mercado con el sueldo de él quincenal, no tengo realmente claro cuánto puede ser, pero sé ayudaba con lo de la canasta familiar»*. De otra parte, refirió que sus padres tenían un lote que se estaba pagando a cuotas, sin saber exactamente el valor del mismo, pero era alrededor de los siete millones de pesos. Así mismo dijo desconocer por qué sus padres no habían reclamado previamente la pensión de sobrevivientes, que a lo mejor era por desconocimiento.

Los demandantes también rindieron interrogatorio de parte, el señor MARCO ARTURO MORA GUTIERREZ, quien manifestó tener dos hijos con vida, que trabaja en una empresa de la organización Luis Carlos Sarmiento como tractorista en una finca, donde laboraba desde el 24 de julio de 1989 y vigente al momento de fallecer su hijo hasta la fecha, que a esa fecha su salario eran como quinientos mil pesos y para ese momento estaban viviendo José Fernando, el fallecido, Juan Guillermo, su hijo menor, se esposa y él. Que su hijo menor estudiaba y para ese momento no aportaba para los gastos del hogar. Expuso que en ese momento lo que *«yo me ganaba fácilmente no nos alcanza para para suplir los gastos porque él era el que nos colaboraba, que sí estaba trabajando»*; que el monto de los gastos que tenían, era de aproximadamente unos setecientos mil pesos y su hijo le proporcionaba «*por ahí unos doscientos cincuenta»*, mensualmente, los cuales invertía en gastos de la casa, en comida, *«porque yo en el momento me encontraba pagando un crédito a un fondo de la empresa para la vivienda»*. Que el lugar donde residían con su hijo era una casa de la empresa, la cual le descontaba un arriendo; que el referido crédito era por parte de un fondo de la empresa, donde estaba pagando aproximadamente ciento cincuenta mil pesos mensuales, el cual fue invertido para la vivienda donde habita actualmente precisando que la construcción la comenzó como en el 2006, antes del fallecimiento de su hijo, pero que *«es la hora que no se ha terminado todavía*». Refirió que afilió a su esposa como beneficiaria en el Régimen de Seguridad Social en Salud para la época en que falleció el joven José Fernando Mora.

A su turno la señora LILIA MIREYA BERNAL GARZÓN expuso en su interrogatorio de parte que actualmente tiene dos hijos con vida y se dedica al hogar y se encuentra casada hace treinta años con el codemandante y para la fecha del fallecimiento de su hijo José Fernando, convivían junto con éste en el mismo hogar; que su hijo falleció a la edad de 22 años y comenzó a laborar a los 18 años. Respecto al monto de la colaboración que le daba su hijo, indicó que les *«daba aproximadamente doscientos mil pesos para la los gastos de la casa, porque mi esposo ganaba un mínimo, pero eso no nos alcanzaba porque el otro niño lo*

teníamos estudiando y como yo no trabajo él nos ayudaba para el mercado, para gastos del hogar», que el ingreso de su cónyuge no alcanzaba porque él «*en ese momento tenía dos créditos, entonces, pagaba una cuota, se achicaba, en cambio mí hijo trabajaba y nos colaboraba humildemente»*. Que dichos créditos «*él los hizo cuándo comenzamos a construir en Bojacá, en el lote que compramos»*, el cual se demoró cinco años en construir. Que su hijo mayor en ese momento –del fallecimiento- trabajaba, pero se fue de la casa, él nos colaboró hasta que se fue de la casa con su hogar y su hijo menor estudiaba. Explicó que el finado trabajaba en una *flora*, donde *sacaba cascarilla* y murió soltero sin hijos. Que no habían reclamado antes la pensión, porque no había quién los asesorara en ese momento, pero tenían conocimiento que podían reclamar una pensión, pero no la reclamaron porque *«uno no sabía y en ese momento no se hizo la gestión porque no sabíamos cómo reclamarla»*. Agregó que toda la vida se ha dedicado al hogar y no ha cotizado para pensiones.

Por otro lado, se agregó al expediente registro civil de nacimiento del causante (fl. 11), que prueba el parentesco de los actores con el finado; certificados laborales expedidos por el Jefe del Departamento de Recursos Humanos de la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo Ltda., que dan cuenta de que el actor trabaja para esa entidad desde el 24 de julio de 1989 y que para el año 2007 devengada un salario básico mensual de $540.600 en el cargo de obrero en la Hacienda El Portal (fls. 23 y 24). Comunicación de la AFP PROTECCIÓN del 23 de octubre de 2013 mediante la cual se le informa a la parte actora que no tiene derecho la pensión de sobrevivientes en calidad de padres de su fallecido hijo y se admite que cotizó en los últimos tres años de vida un total de 163 semanas, en su lugar les concede la devolución de saldos por $2.090.518 (fls. 25 a 26); respuesta al derecho de petición solicitando la pensión de sobrevivientes del 12 de diciembre de 2016, en la cual se indica que no hay lugar a la prestación por cuanto no se concluía la existencia de la dependencia económica, toda vez que Marco Antonio Mora generaba y continúa generando ingresos provenientes de su actividad económica que le permitían cubrir sus gastos de manutención y los de su esposa, y que el aporte del afiliado correspondía más a una ayuda de un buen hijo de familia (fls. 27 a 32).

Bajo este panorama probatorio, las declaraciones anteriores, si bien se les asigna pleno valor probatorio, lo cierto es que lo dicho por estos, en sentir de la Sala no informan con claridad las circunstancias de modo, tiempo y lugar del conocimiento de los hechos, sumado a que las afirmaciones fueron genéricas y no permiten determinar con certeza y precisión, cuál fue el nivel de ayuda económica ofrecido por el fallecido en relación con sus padres.

En efecto, la valoración probatoria integral que se resalta del expediente, no permite evidenciar cuál fue el nivel de ayuda de su hijo fallecido para con su sostenimiento, advirtiendo que si bien, respecto de éstos beneficiarios la jurisprudencia ha determinado que la ayuda no debe ser total y absoluta, citando a modo de ejemplo la sentencia SL 6558 de 2017, lo cierto es que debe acreditarse la ocurrencia de ése hecho, para así poder verificar su habitualidad, así como otros elementos que no dejen duda respecto del suministro económico del cual pueda afirmarse la asistencia económica que dé lugar al reconocimiento de la prestación, aspecto que como se indicó en precedencia, no fue suficientemente acreditado al plenario, carga probatoria que corría a su cargo, desde luego que la prueba testimonial corresponden a testigos de oídas que nunca tuvieron conocimiento directo del monto ni de la periodicidad del mismo, por lo menos en la época del fallecimiento, tal como se desprende específicamente de lo depuesto por los señores AUGUSTO PARRA y LUIS ALFONSO BERNAL MORA a quienes les consta lo dicho ya sea por el dicho del fallecido o de la demandante, pero no de manera directa, incluso su propio hermano no pudo dar cuenta de la presunta ayuda que le prodigaba a sus progenitores, máxime cuando él ya no vivía en casa.

En efecto, no hay certeza sobre la ayuda económica del finado respecto a sus padres, a lo sumo con lo declarado por dichos testigos, incluso de los mismos demandantes, lo que puede extraerse es que tal ayuda era a lo sumo, esporádica y no era determinante sino la de un buen hijo de familia.

Las situaciones expuestas, demuestran que la decisión de primer grado no se ajustó al análisis legal y probatorio, pues del mismo no se evidencia el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos por los demandantes para acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes invocada, y en consecuencia se revocará la decisión de primer grado. Por sustracción de materia, no hay lugar al estudio de los demás puntos de apelación propuestos.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las costas de primer grado correrán a cargo de la parte actora.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

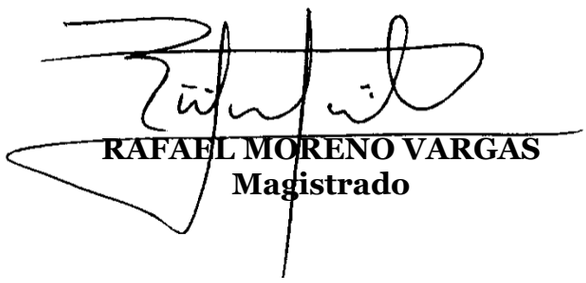
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** al extremo accionado de las pretensiones de la demanda, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primer grado corren a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ISMAEL ORTIZ MEDINA contra COLPENSIONES, PROTECCION S.A. Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-019-2018-00523-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de junio de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **ISMAEL ORTIZ MEDINA** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS ante la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN y posteriormente a la AFP PORVENIR. En consecuencia, se condene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dinero por bonos, cotizaciones, sumas adicionales por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados; se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación al RPMPD ya recibir los referidos aportes y rendimientos, corrigiendo y actualizando su historia laboral. Asimismo, se condene al pago de lo Ultra y Extra Petita, junto con las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 22 mayo de 1982, que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los Fondos Privados de Pensiones, pero sin información suficiente que le brindara el libre consentimiento para firmar este nuevo formulario de afiliación, se trasladó del RPMD al RAIS afiliándose a la A.F.P COLMENA hoy fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A, afiliación realizada en el mes de agosto de 1997, asegurando que esta AFP no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión tanto en el régimen que traía, como en el RAIS; tampoco le informó cual tabla de mortalidad de rentistas se estaba utilizando por parte de la Administradora para realizar la proyección de la pensión y que de variar la misma, el valor de la mesada pensional iba a cambiar; tampoco le entregó información indicándole hasta qué edad debía cotizar en el Fondo Privado de Pensiones y con qué salarios, para alcanzar una pensión de vejez por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en el ISS (hoy Colpensiones). No le entregó información indicándole cuanto capital ahorrado se exige para tener una pensión de salario mínimo en el Fondo Privado de Pensiones, ni le entregó información indicándole que si quería pensionarse en el Fondo Privado de Pensiones antes de la edad requerida o en forma anticipada debía negociar el bono pensional que entregaba la entidad pública en la que estaba afiliado, y que esa situación traía como resultado la disminución del valor de su pensión. Tampoco se le informó que de tener cónyuge o compañero(a) permanente, o un hijo discapacitado, o menor de edad, estando en el Fondo Privado de Pensiones, el monto de su pensión sería menor que en el régimen donde se encontraba, toda vez que se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado como de sus beneficiarios. Así como el hecho de informarle que tenía derecho a retractarse de la afiliación al Fondo Privado de Pensiones. En ese sentido, concluyó que no se le entregó información suficiente y veraz para tomar la decisión de trasladarse de su régimen pensional al RAIS, ni le entregó información objetivamente verificable que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen, tornándose dicho traslado en nulo o ineficaz. Además, sostuvo que el fondo privado utilizo maniobras engañosas para que se trasladara tales como que el RPMPD administrado por el ISS (hoy Colpensiones) iba a desaparecer, estando en riesgo los aportes para pensión de las personas en dicho régimen, situación no cierta. Indicó que posteriormente, como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los Fondos Privados de Pensiones, pero sin información suficiente que le brindara el libre consentimiento para firmar este nuevo formulario de afiliación, se trasladó de la A.F.P ING. a la A.F.P. HORIZONTE, hoy A.F.P PORVENIR, en el año 2004, donde tampoco fue asesorado sobre las ventajas y

desventajas de un régimen y otro; por las mismas razones anteriores, se trasladó de la A.F.P. HORIZONTE, a la A.F.P PORVENIR S.A. en el año 2008 hasta la fecha. Que solicitó ante COLPENSIONES la anulación del traslado, sin obtener respuesta. De igual manera le solicitó a las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR que anulara el traslado, siendo respondidas negativamente. Agregó que de haber seguido en el RPMPD su mesada pensional sería superior a la del RAIS (Fls. 5 a 29).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que no se acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento o error, contrario sensu, aquel suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria sin dejar nota de protesto alguna. Aseveró que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010 para trasladarse de régimen en cualquier momento, aunado a que la afiliación al RAIS cumplió con los requisitos legales. Arguyó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y que solicitó regresar el RPMPD cuando ya estaba inmerso en la prohibición de traslado de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que no es procedente ordenar su traslado. Añadió que COLPENSIONES ha cumplido con la normatividad vigente y que no participó en el traslado de régimen del demandante, de allí que solicitó no ser condenada en costas. Formuló como excepciones de mérito las de «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fls. 74 a 93).

Por su parte, la demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.,** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal fin, que el demandante optó por afiliarse a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. una vez que los asesores suministraron información precisa, veraz y de fondo sobre el traslado de régimen, sus ventajas, desventajas, y diferencias con el RPM y con ésta asesoría el actor de manera libre y voluntaria decide afiliarse suscribiendo la solicitud de vinculación en el mes de Agosto de 1997, quedando plasmado en el formulario de vinculación. Agregó que no se ha probado vicio de consentimiento o situación anómala que invalide el contrato, además de realizar el traslado de manera libre y voluntaria el contrato celebrado entre ISMAEL ORTIZ MEDINA y la AFP

COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. no existe causal alguna de ineficacia de la que adolezca el acto mediante el cual se afilió la demandante, pues la vinculación a PROTECCIÓN S.A. Como excepciones de fondo, formuló las de «declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP», «inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A», «buena fe por parte de PROTECCIÓN S.A.», «Inexistencia de perjuicio», «inexistencia de la Obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación», «prescripción» y «excepción genérica» (fls. 99 a 105 fte. y vto.).

La **AFP PORVENIR S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que las afiliaciones de la parte demandante a los fondos de pensiones HORIZONTE S.A. y PORVENIR S.A. fueron producto de decisiones voluntarias, y libres de presiones o engaños, tal como se desprende de las solicitudes de vinculación en las que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1093; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP; que en todo caso, en el evento de haberse presentado algún vicio en el consentimiento, esto deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento a través de los actos de ratificación, tales como los aportes que realizó mes a mes la parte demandante, o las vinculaciones a otros fondos, sin que, en todo caso, el referido vicio logre probarse en el presente asunto. Que en gracia de discusión, la parte demandante se vinculó a varias administradoras de fondos de pensiones privadas desde el año 1997, dentro de las que se encuentran Porvenir S.A. y Protección S.A., y curiosamente en ninguna de ellas expresó inconformidad por ausencia de información, al contrario, sus afiliaciones demostraban de manera inequívoca su aceptación con el régimen de ahorro individual, pero solo después 23 años, pretende hacer valer un presunto vicio del consentimiento que no existió, pues para la época la parte actora era adulta y era capaz de entender las implicaciones de su decisión, y aun así, en el hipotético de haberse generado ya se encontraría ratificado por su actuar durante tal periodo de tiempo. Manifiesto que tampoco procede la ineficacia a que se refiere el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la cual opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema; es decir contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegan ni se acreditan por parte del demandante. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «buena fe» «inexistencia de la obligación», «compensación» y «excepción genérica» (Fls. 143 a 175).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 01 de junio de 2021 declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS con la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN y los realizado con posterioridad a las AFP HORIZONTE y PORVENIR S.A. Declaró válidamente vinculado al actor al RPMPD administrado por COLPENSIONES; en consecuencia, ordenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración. Absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a las accionadas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, se ha establecido el deber de brindar información a cargo de las AFP, procediendo la ineficacia cuando se demuestre su inobservancia y que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación era insuficiente para dar por demostrado el deber de información. En tal medida, concluyó que la información debe impartirse bajo aspectos favorables y desfavorables de un cambio de régimen; que la carga de la prueba está cargo de los fondos y que no es necesario acreditar régimen de transición o tener un derecho adquirido para acceder a la ineficacia del traslado; en tal sentido, estimó que ni la AFP PROTECCIÓN ni PORVENIR acreditaron el cumplimiento de su deber de información, sin que el formulario aportado fuere suficiente para ello. Frente a la prescripción, precisó que de acuerdo al precedente jurisprudencial el derecho a la solicitar ineficacia o nulidad de la afiliación no pueden ser afectados por ese medio exceptivo.

RECURSOS DE APELACION

El apoderado judicial de la **AFP PORVENIR S.A.,** presentó recurso de apelación, argumentando que no se valoró que el consentimiento informado para la libre escogencia del régimen se materializó con la suscripción de la solicitud o formulario de afiliación, documento público que no fue tachado de falso, donde se hizo constar que se realizó de manera libre y sin presiones. Precisando que lo allí declarado no era vacío en un formato de afiliación, sino un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante quien se presume una persona capaz para obligarse. Que en el hipotético caso de haber estado viciada la voluntad del afiliado, siempre se le garantizó el derecho al retracto. Señaló que con la declaratoria de ineficacia se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con que contaba el demandante definido en jurisprudencia constitucional, por lo que declarar esta ineficacia a través de interpretaciones y alcances diferentes

a los que indican las normas, no sólo constituye un real desfinanciamiento del sistema pensional subsidiado por el Estado, sino que además, hacerlo de forma masiva, sin estudiar cada solicitud se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en cuanto el legislador garantizó la libertad de elección de régimen pensional en cabeza del afiliado con las consecuencias jurídicas que esto conlleva. Agregó, que tampoco procede la condena por devolución de gastos de administración, pues de acuerdo con el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 en el RPMPD también se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, los cuales no forman parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos al fenómeno prescriptivo. Aunado a ello, con tal devolución se configura un enriquecimiento «*ilícito*» a favor de la demanda, pues no hay norma que así lo disponga, siendo objeto de devolución únicamente la devolución del saldo y sus rendimientos; lo cual evidencia que no están destinados a financiar la pensión, perteneciendo al fondo privado como contraprestación por la gestión realizada. Además, debía darse aplicación a las restituciones mutuas en este caso los frutos generados con la gestión.

A su vez, el apoderado judicial de **COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación, arguyendo que el actor se encuentra en la prohibición legal de traslado de que trata la Ley 797 de 2003. Sostuvo que en el expediente no obra prueba que demuestre la existencia de un vicio del consentimiento. De igual modo, indicó el error sobre un punto de derecho no tiene fuerza para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico celebrado por el demandante con las AFP. Destacó que la nulidad no se alegó dentro del término consagrado en el artículo 1750 del Código Civil, esto es, 04 años. De igual forma, sostuvo que existió ratificación tácita del presunto vicio del contrato. Respecto a la carga de la prueba y el deber de información dijo que se había aportado el documento de afiliación donde consta la validez del acto, documento que era lo único que se exigía para la época. Agregó que debía tenerse en cuenta lo relativo a la descapitalización del sistema, precisando que nadie debe verse subsidiarse a costa de recursos ahorrados de manera obligatoria por los afiliados en este esquema, dado que el RPMPD se descapitaliza y que la declaratoria injustificada de ineficacias de traslado de un afiliado del RPMPD al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del sistema y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora solicitó se confirme la decisión y finalmente, la AFP PROTECCIÓN guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de

pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 30 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 28 de octubre de 1962, por lo que cumplirá 62 años el mismo día y mes del 2024, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a PORVENIR y COLPENSIONES, el 04 de abril de 2019 respectivamente (fls. 41 a 52), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 248,88 semanas cotizadas al ISS (Exp. Digital: *GRP-SCH-HL-66554443332211_1652-20191112103113*.pdf), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 11 de agosto de 1997, según información registrada el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. (fl.106).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo 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 de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en

manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (11 de agosto de 1.997, Fl. 106), lo del formulario de afiliación, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN, antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen (11 de agosto 1997, fl. 106), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquel cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MANUEL ESTEBAN TAFUR JIMENEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y OTROS. Rad. 110013105-010-2016-0001-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones. (art. 69 CPTSS), respecto de la sentencia proferida el 03 de mayo de 2021 por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor **MANUEL ESTEBAN TAFUR JIMENEZ** mediante apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral, con la finalidad que se declare que estuvo vinculado laboralmente con la empresa FERTILIZANTES COLOMBIANOS S.A. desde el 09 de junio de 1980 hasta el 20 de febrero de 2014; se declare y se condene que el empleador se encuentra en mora por el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones desde enero de 2002 hasta diciembre de 2002, de enero de 2004 hasta abril de 2007, de octubre de 2007 hasta marzo de 2009, de mayo de 2009 hasta noviembre de 2009, de marzo de 2010 hasta el 20 de febrero de 2014. Se declare que tiene derecho a que la Administradora Colombiana de Pensiones — COLPENSIONES, tenga en cuenta para la liquidación de su pensión los tiempos laborados a través del empleador FERTILIZANTES COLOMBIANOS S.A., desde el 01 enero de 2002 hasta el 25 de diciembre de 2013, los cuales se encuentran en mora. En consecuencia, se le reconozca y pague el retroactivo

pensional, incluidas primas y reajustes legales. Se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; se declare que tiene derecho a que se le reconozca el incremento pensional por su cónyuge a cargo en razón del 14% sobré el S.M.L.M.V según lo dispuesto por los artículos 21 y 22 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por Decreto 758 del mismo año. Finalmente se condene a lo ultra y extra petita, así como al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 25 de diciembre de 1953. Indicó que de lo anterior concluye que al 01 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad cumplidos y por consiguiente es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, cumplió 60 años de edad el 25 de diciembre de 2013, informó que cotizó al Instituto de Seguros Sociales -ISS (hoy COLPENSIONES) desde el 9 de junio de 1980. Mencionó que estuvo vinculado laboralmente con FERTILIZANTES COLOMBIANOS S.A. desde el 09 de junio de 1980 hasta el 20 de febrero de 2014. Manifestó que, durante tiempo laborado mencionado estuvo afiliado en pensión al ISS. Expresó que durante toda la vinculación laboral se efectuaron los descuentos de Ley para el aporte en pensión al ISS. Manifestó que el empleador incurrió en mora en el pago de aportes a Seguridad Social por el periodo de 01 de enero de 2002 a diciembre de 2002, del 01 de enero de 2004 al 30 de abril de 2007. Advirtió que FERTILIZANTES COLOMBIANOS S.A. incurrió en mora en el pago de aportes a Seguridad Social por el periodo del 01 de octubre de 2007 al 30 de marzo de 2009, del 01 de mayo de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2009, del 01 de marzo de 2010 al 25 de diciembre de 2013. Advirtió que el día 29 de octubre de 2013 puso en conocimiento de COLPENSIONES que la empresa FERTILIZANTES COLOMBIANOS S.A. encontraba en mora de pagar sus aportes en pensión por más de diez años. Señaló que acredita más de 1.250 semanas cotizadas. Explicó que según la historia laboral expedida por el I.S.S. algunos ciclos de cotización en pensión efectuados por el empleador se encuentran en mora, por lo que no son tenidos en cuenta de forma completa al momento de contabilizar las semanas cotizadas por el demandante. Adujo que COLPENSIONES no efectuó ninguna labor de cobro persuasivo ni coactivo para lograr el recaudo de dichos aportes siendo su obligación hacerlo. Resaltó que el día 25 de diciembre de 1983 contrajo matrimonio con la señora NUBIA CHAMARRAVI GUERRA, mencionó que desde esta fecha ha convivido de forma única y permanente con su cónyuge, dependiendo única y exclusivamente de sus ingresos económicos, puesto que no recibe pensión legal o convencional. Indicó que el 26 de diciembre de 2013 presentó ante COLPENSIONES

la solicitud de reconocimiento de su pensión por vejez. Manifestó que el día 26 de diciembre de 2013 aportó a COLPENSIONES los documentos pertinentes que acreditaban a la señora NUBIA CHAMARRAVI GUERRA como su esposa y que dependía económicamente de él y como respuesta, mediante Resolución GNR 31790 se resolvió conceder la pensión de vejez a favor del demandante a partir del 1 de febrero de 2014, no obstante, para la liquidación de la mesada pensional no se tuvo en cuenta los aportes o semanas que se encontraban en mora por parte del empleador FERTILIZANTES COLOMBIANOS S.A. Mencionó que en Resolución GNR 31790 de 2014, COLPENSIONES no se pronunció sobre los incrementos pensionales solicitados, por lo tanto, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución GNR 31790 de 2014 con el fin de que le reconocieran su pensión conforme a la Ley y el pago de su retroactivo pensional. Adujo que, en respuesta de lo anterior, COLPENSIONES mediante Resolución GNR 416212 del 02 de diciembre de 2014 resolvió negar las pretensiones del demandante. Señaló que el día 06 de mayo de 2015 solicitó ante la misma entidad que se efectuara un nuevo estudio de su expediente, y que, en consecuencia, tuviera en cuenta los tiempos que se encontraban en mora y que fueron trabajados, con el fin de que le pagaran el retroactivo, los intereses de mora y el reconocimiento y pago de los incrementos pensionales. Indicó que a través de Resolución VPB 46162 del 28 de mayo de 2015 COLPENSIONES continuó negando sus pretensiones. Agregó que el 06 de agosto de 2014 la empresa FERTILIZANTES COLOMBIANOS S.A. efectuó un acuerdo de pago de prestaciones sociales el cual a la fecha no ha cumplido. Finalmente, manifestó que en dicho acuerdo suscrito no fueron incluidos los pagos al sistema de seguridad social en pensiones que se encuentran en mora (Fls. 140 a 159).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, para ello manifestó que tuvo en cuenta para efectos de la liquidación de la Pensión de Vejez del actor cada una de las cotizaciones efectuadas al Sistema por sus empleadores conforme a derecho, no pudiendo imputar el total de semanas cotizaciones que no fueron pagadas por la negligencia del empleador, señaló que teniendo en cuenta que en el detalle de pago anexo al Reporte de Semanas Cotizadas no se observó que exista la novedad de retiro o desafiliación del régimen por parte del empleador FERTILIZANTES DE COLOMBIA para el último ciclo cotizado al Sistema tal como lo exige el artículo 13

del Decreto 758 de 1990, la prestación se reconoció a corte de nómina. Agregó que, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 solo se causan cuando existe mora o retardo en el pago de mesadas pensionales y no como en el caso bajó estudio en el que se pretende una reliquidación pensional por indebido cálculo de IBL y tasa de reemplazo. Adujo que, el accionante no acreditó en debida forma los requisitos legales para pretender el reconocimiento del incremento pensional, especialmente en lo relacionado con la dependencia económica de su cónyuge, conforme al literal b del artículo 21 del Decreto 758 de 1990. Añadió que la entidad realizó la liquidación de la pensión de vejez del actor conforme a derecho, aplicando lo establecido en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 por ser beneficiario del Régimen de Transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y calculando la tasa de reemplazo aplicable de acuerdo a la densidad de semanal cotizadas por el actor al sistema. Propuso como excepciones de mérito las de «Prescripción y caducidad», «Declaratoria de otras excepciones», «cobro de lo debido», «configuración del derecho al pago de intereses moratorios» e «inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir» (Fls. 165 a 167 y 212 a 217).

Por medio de auto del 12 de diciembre de 2016, se dispuso nombrar curador ad litem para representar los intereses del demandado FERTILIZANTES COLOMBIANOS S.A. EN RESTRUCTURACIÓN (Fl. 454). Posesionado el auxiliar de la justicia, contestó la demanda indicando que no se oponía a las pretensiones, ateniéndose a lo que resultare probado y propuso la excepción genérica (fl. 468 a 470).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 03 de mayo de 2021, declaró la existencia de un contrato laboral a término indefinido entre el accionante y la empresa FERTILIZANTES DE COLOMBIA S.A. entre el 13 de octubre de 1980 al 28 de febrero de 2014. Condenó a la demandada FERTILIZANTES DE COLOMBIA S.A. a pagar con destino a COLPENSIONES y a favor del demandante los aportes pensionales por los periodos y sobre los salarios de:

Año 2002 = ENERO A DICIEMBRE $1.341.134
Año 2004 = SEPTIEMBRE A DICIEMBRE $1.428.174
Año 2005 = FEBERO A DICIEMBRE $1.513.862
Año 2006 = ENERO A DICIEMBRE $1.604.670
Año 2007 = ENERO A ABRIL, OCTUBRE A DICIEMBRE $1.604.670
Año 2008 = ENERO A DICIEMBRE $1.789.956

Año 2009 = ENERO, FEBRERO, MARZO, MAYO, JUNIO, JULIO, NOVIEMBRE $1.907.248
Año 2010 = MARZO A DICIEMBRE $1.1.927.248
Año 2011 = ENERO A DICIEMBRE $2.185.886
Año 2012 = ENERO A DICIEMBRE $2.338.898
Año 2013 = ENERO A DICIEMBRE $2.432.922
Año 2014 = ENERO $2.566.733;

Lo anterior, en las condiciones exigidas y establecidas por Colpensiones. Condenó a COLPENSIONES a reliquidar la mesada pensional reconocida al demandante en una taza de reemplazo del 90% a partir del 1 de febrero de 2014, estableciendo como primera mesada pensional la suma de $2.035.569, en consecuencia, se establece como mesadas pensionales para los años 2015 $2.110.023.91; 2016 $2.252.872.53; 2017 $2.382.412.70; 2018 $2.479.853.38; 2019 $2.558.712.72; 2020 $2.655.943.80; 2021 $2.698.704.49. Precisando en consecuencia, que COLPENSIONES debe pagar a favor del demandante el correspondiente retroactivo pensional causado por las diferencias pensionales desde el 1 de febrero de 2014 hasta la fecha de inclusión en nómina. Condenó a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios señalados por el artículo 141 Ley 100 de 1993, sobre los reajustes o diferencias pensionales causados a partir del 1 de febrero de 2014 hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina. Condenó a COLPENSIONES a reconocer el incremento pensional del 14% por persona a cargo económicamente dependiente, sobre la pensión mínima a partir del 1 de febrero de 2014 hasta que subsista la causa que le dieron origen, debidamente indexados desde la fecha de su causación y hasta la fecha efectiva de pago. Declaró no probadas las excepciones planteadas por COLPENSIONES. Finalmente condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en síntesis, que fue demostrado que la accionada FERTILIZANTES DE COLOMBIA S.A. dejó de cancelar 479.31 semanas a COLPENSIONES y por ende esa entidad señaló mora por parte del empleador, sin embargo, mencionó que según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la mora por parte del empleador no le puede ser trasladada al trabajador para perjudicarlo, adicionalmente, las administradoras de pensiones tienen en su cabeza una obligación de realizar el cobro de las obligaciones insatisfechas, obligación de la cual COLPENSIONES no aportó prueba alguna, indicó que aún bajo estos aspectos no se puede desconocer el derecho pensional del trabajador y mucho menos trasladarle la mora. En ese sentido, halló procedente la reliquidación solicitada, dado que la pensión fue liquidada con 1241 semanas y al hacer la imputación de las 479.31 semanas finaliza con un total de 1.732.74 semanas, añadiendo para tal efecto,

que la liquidación era más favorable aplicando como IBL el de los últimos diez años, con una tasa de remplazo del 90% en virtud del Acuerdo 041 de 1990, el cual establece como requisito esencial para el disfrute de la pensión la desvinculación del sistema. Precisó en cuanto al número de semanas, era de 13, pues la prestación fue reconocida a partir del año 2014, en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005. De igual modo, halló procedente el pago de intereses moratorios, precisando que es COLPENSIONES debe hacerse cargo de los mismos a partir de la causación de cada diferencia de la mesada pensional hasta el pago efectivo de la misma.

Respecto al tema del incremento pensional por su cónyuge a cargo, expresó que teniendo en cuanta lo manifestado por los testigos y el certificado del FOSYGA donde registra como beneficiaria ante el sistema de salud, se logró demostrar su dependencia económica con el accionante, en consecuencia, teniendo demostrados los requisitos del literal b del art. 21 del Decreto 758 de 1990 consideró que hay lugar al reconocimiento del 14% sobre la pensión minina a favor de su cónyuge, debiendo ser pagados a partir del 01 de febrero de 2014 hasta ser incluidos en nómina. En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES manifestó que habiéndose presentado la demanda el 18 de diciembre de 2015 no transcurrió el termino trienal prescrito que pudiere afectar las diferencias en las mesadas pensionales, así como tampoco los incrementos pensionales por cónyuge a cargo, por lo tanto, no estaba probado el medio exceptivo. Negó la indexación por ser incompatible con los intereses moratorios otorgados en torno a las diferencias pensionales, sin embargo, era procedente la indexación sobre el incremento del 14%.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos, la parte actora solicitando se confirme la decisión y COLPENSIONES, en procura de que se revoque.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer si procede la reliquidación de la pensión de vejez que ostenta el demandante, teniendo en cuenta para tal efecto, periodos en mora por parte de su empleador. De ser así, verificar si hay lugar al pago de intereses moratorios sobre las diferencias causadas.

Finalmente, si hay lugar al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo.

CONSIDERACIONES

Se encuentra acreditado dentro del plenario que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones mediante la Resolución GNR 31790 del 05 de febrero de 2014, a partir del 01 de febrero de 2014, en cuantía inicial de $1.808.698, por encontrarse acreditados los requisitos de que trata el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta un IBL de $2.070.917, al cual se le aplicó el 87% como tasa de remplazo por tener acreditadas 1235 semanas de cotización (fls. 10 a 15), acto administrativo que fue confirmado por las Resoluciones GNR 416212 del 02 de diciembre de 2015, VPB 46162 del 28 de mayo de 2015 y GNR362144 del 18 de noviembre de 2018 (Fls. 22 a 46 y Exp. Admin. folio 226). Por lo anterior, es un hecho indiscutido dentro del proceso que el señor MANUEL ESTEBAN TAFUR JIMÉNEZ, es beneficiario del régimen de transición. De igual manera, no es objeto de debate la existencia del contrato de trabajo entre el accionante y la empresa FERTILIZANTES DE COLOMBIA S.A. entre el 13 de octubre de 1980 y el 28 de febrero de 2014, tal como lo declaró la sentencia de primera instancia y que no se estudiará en esta sede judicial, en la medida que la decisión se revisa únicamente en favor de COLPENSIONES por las condenas que le fueron impuestas.

Ahora bien, con el fin de verificar el reajuste solicitado se tiene que la parte actora desde el libelo inicial pretende que este realice contabilizándose periodos en mora por parte de su empleador. Al efecto, debe indicarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera pacífica ha señalado que las administradoras, públicas y privadas, como elemento estructural del Sistema de Seguridad Social (Artículo 48 C.P.), deben cumplir las obligaciones legales, dentro de ellas, cobrar a los empleadores las cotizaciones que no han sido satisfechas, pues aunque la obligación radica en el empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar, previamente, si las administradoras de pensiones adelantaron las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes a pensión; ello por cuanto constituyen una prerrogativa del trabajador y una obligación correlativa del empleador; el consolidado pensional que se obtiene a través de estos, derivado del esfuerzo laboral, pertenece al sistema general de pensiones y permite financiar y estructurar la prestación, criterio jurisprudencial que ha sido reiterado en la sentencia entre otras muchas, en la CSJ SL2237-2021 del 26 de mayo de 2021.

Para la imputación de los pagos en mora, la parte actora debe acreditar la existencia de la relación laboral durante el periodo echado de menos en los aportes a pensión, pues es la naturaleza jurídica de la relación contractual la que genera la obligación del empleador en el pago de los mismos, conforme el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 y las normas anteriores a su vigencia. Por lo tanto, debe acreditarse la existencia de la relación laboral, pues sólo ante su demostración, puede alegarse la omisión de la entidad de pensiones en realizar las respectivas acciones de cobro en los términos legales, pues tal situación también puede explicarse lógicamente en la falta de reporte de novedades, por lo que se reitera, para este efecto es indispensable demostrar el periodo laborado en virtud del cual se alega la omisión el pago de los aportes con destino al sistema general de pensiones, pues se insiste, el elemento relevante y diferenciador en éste tipo de procesos, según el entendimiento de la Sala, surge a partir de la demostración de la relación laboral por el periodo adeudado, pues éste aspecto es el que evidencia la obligación que da la génesis a la cotización y el que eventualmente puede demostrar un actuar negligente por parte de la entidad.

De conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales, se procede a decidir el problema jurídico para lo cual se advierte que, respecto de la empresa FERTILIZANTES DE COLOMBIA S.A., efectivamente existió con el demandante relación laboral con la misma entre el 13 de octubre de 1990 y el 28 de febrero de 2014, aspecto que se dilucida no sólo por lo decido en primer grado, sino por los documentos que obran de folios 56 a 113 y 251 a 345 y CD folio 226 relacionados con una constancia laboral expedida por la accionada FERTICOL y comprobantes de nómina, así como un documento de fecha 11 de junio de 2014 donde se responde derecho de petición al accionante con relación al pago de acreencias laborales. De modo pues, que se encuentra demostrada la relación laboral, empero, no se efectuaron cotizaciones por todo el tiempo laborado, ello se evidencia de la demostración efectiva del pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social por parte de esta y tal como se extrae de las distintas historias laborales aportadas al plenario. En efecto, en dichas historias laborales se puede evidenciar que el único empleador con el que cotizó toda su vida laboral el demandante fue la accionada FERTILIZANTES DE COLOMBIA S.A., pero esta dejó de pagar los periodos denunciados en la demanda, sin que obre novedad alguna, periodos que corresponden a los meses de enero a diciembre de 2002, luego no se aportó desde los meses de septiembre a diciembre de 2004, de febrero a diciembre de 2005, enero a diciembre de 2006, enero a abril y octubre a diciembre de 2007, de enero de 2008 a junio de 2009 y noviembre de 2009 y finalmente de marzo de 2010 a enero de 2014.

Por lo anterior, resulta válido imputar dichas semanas o periodos laborales pues se evidencia la afiliación por parte del empleador, advirtiéndose con ello la relación laboral que da origen a la misma, por ende, la consabida obligación de cobro por parte del ISS hoy COLPENSIONES, máxime, cuando el empleador no reportó novedad alguna y en todo caso, conforme a lo ordenado en primera instancia, el empleador también demandado deberá pagar los respectivos aportes a COLPENSIONES. Así, las cosas, debe precisarse que tales tiempos de imputación, arroja un total de 480 semanas.

Establecido lo anterior, hay lugar a reajustar la prestación otorgada por COLPENSIONES, toda vez que para tal efecto únicamente tuvo en cuenta 1235 semanas, las que sumadas a las acá indicadas suma un total de 1.715. Vale recordar que la pensión de vejez se concedió en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, siendo beneficiario del régimen de transición. En tal sentido, para verificar la liquidación efectuada en primera instancia, respecto del IBL se advierte que de manera pacífica la H. Sala Laboral de la CSJ determinó que el cálculo del IBL de las pensiones concedidas por el régimen de transición, se determinan con base en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece que para quienes a 1º de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello. En caso de resultar más favorable el valor de la mesada pensional con base en todo el tiempo cotizado, se tomará éste, y así ha sido avalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[1].

En el evento de que al afiliado le faltare más de 10 años para adquirir la pensión a 1º de abril de 1994, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de vejez. A su vez, el inciso 2° de la citada regulación permite su cálculo con base en lo devengado durante toda la vida laboral, en caso de resultarle más favorable, pero para ello debe haber cotizado más de 1250 semanas[2].

En ese orden de ideas, acogiendo el anterior criterio jurisprudencial y normativo, se tiene que el demandante cumplió la edad exigida por el Acuerdo 049 de 1990 al cumplir los 60 años de edad, el 25 de diciembre de 2013, pues nació el mismo día y mes del año 1953, fecha que permite colegir que la causación del derecho se dio vencidos los 10 años contados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, situación

[1] Sentencias del 23 de abril de 2003 Rad. 19459, la del 4 mayo de 2011 Rad.39127, entre otras.
[2] Sentencia 40552 del 1º de marzo de 2011.

que permite concluir que la liquidación del IBL debe ser realizada de conformidad con lo reglado por el artículo 21 ibidem, situación que por la densidad de cotizaciones acreditada (1.715), viabiliza, tal como lo verificó la juez de primer grado, realizar su cálculo con base en el promedio salarial devengado en toda su vida laboral o con los últimos 10 años, la que resulte más favorable, en este caso se determinó que correspondía a esta segunda opción, número de cotizaciones que también permite concluir que al actor le asiste derecho a que la tasa de reemplazo sea calculada con un 90% en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

En consecuencia, en aras de determinar si el cálculo efectuado por la Juez A quo es correcto, se procedió a realizar las operaciones de rigor, estableciéndose que para el año en que se causó el derecho y fue igualmente reconocido, esto es, al 1° de febrero de 2014, el cálculo arrojó un IBL de $2.261.701, al cual se le aplicó como tasa de remplazo el 90%, arrojando una mesada pensional de $2.035.531 para el año 2014, cifra que es ligeramente inferior a la mesada pensional calculada por la A quo ($2.035.569) equivalente a $38, pero evidentemente superior a la reconocida por COLPENSIONES en su momento, pues ascendió a la suma de $1.801.698, razón por la cual se modificará la decisión de primer grado, en este puntualísimo aspecto. Para una mejor comprensión, el siguiente cuadro ilustrativo contiene el cálculo efectuado:

PERIODOS (DD/MM/AA)		**SALARIO COTIZADO**	**SBC**	**ÍNDICE INICIAL**	**ÍNDICE FINAL**	**DÍAS DEL PERIODO**	**SALARIO NDEXADO**	**IBL**
DESDE	**HASTA**							
1/02/2004	30/04/2004	$ 1.341.000	1	76,030000	113,982540	90	2.010.398	$50.259,96
1/05/2004	31/07/2004	$ 1.428.000	1	76,030000	113,982540	90	2.140.827	$53.520,67
1/08/2004	31/08/2004	$ 1.754.000	1	76,030000	113,982540	30	2.629.559	$21.912,99
1/09/2004	31/12/2004	$ 1.428.174	1	76,030000	113,982540	120	2.141.088	$71.369,59
1/01/2005	31/01/2005	$ 1.428.000	1	80,210000	113,982540	30	2.029.262	$16.910,51
1/02/2005	31/12/2005	$ 1.513.862	1	80,210000	113,982540	330	2.151.276	$197.200,29
1/01/2006	31/12/2006	$ 1.604.670	1	84,100000	113,982540	360	2.174.844	$217.484,38
1/01/2007	30/04/2007	$ 1.604.670	1	87,870000	113,982540	120	2.081.534	$69.384,46
1/05/2007	31/05/2007	$ 1.604.695	1	87,870000	113,982540	30	2.081.566	$17.346,38
1/06/2007	30/06/2007	$ 2.083.046	1	87,870000	113,982540	30	2.702.070	$22.517,25
1/07/2007	30/09/2007	$ 1.693.000	1	87,870000	113,982540	90	2.196.113	$54.902,82
1/10/2007	31/12/2007	$ 1.604.670	1	87,870000	113,982540	90	2.081.534	$52.038,34
1/01/2008	31/12/2008	$ 1.789.956	1	92,870000	113,982540	360	2.196.874	$219.687,45
1/01/2009	31/03/2009	$ 1.907.248	1	100,000000	113,982540	90	2.173.930	$54.348,24
1/04/2009	30/04/2009	$ 2.864.000	1	100,000000	113,982540	30	3.264.460	$27.203,83
1/05/2009	31/07/2009	$ 1.907.248	1	100,000000	113,982540	90	2.173.930	$54.348,24
1/08/2009	30/10/2009	$ 1.927.000	1	100,000000	113,982540	90	2.196.444	$54.911,09
1/11/2009	30/11/2009	$ 1.907.248	1	100,000000	113,982540	30	2.173.930	$18.116,08
1/12/2009	30/12/2009	$ 2.371.000	1	100,000000	113,982540	30	2.702.526	$22.521,05
1/01/2010	28/02/2010	$ 1.927.000	1	102,000000	113,982540	60	2.153.376	$35.889,60
1/03/2010	31/12/2010	$ 1.927.248	1	102,000000	113,982540	300	2.153.653	$179.471,10
1/01/2011	31/12/2011	$ 2.185.886	1	105,240000	113,982540	360	2.367.473	$236.747,28
1/01/2012	31/12/2012	$ 2.338.898	1	109,160000	113,982540	360	2.442.227	$244.222,73
1/01/2013	31/12/2013	$ 2.432.922	1	111,820000	113,982540	360	2.479.973	$247.997,34
1/01/2014	31/01/2014	$ 2.566.733	1	113,982540	113,982540	30	2.566.733	$21.389,44
					TOTAL, DIAS	3.600		
					TOTAL-SEMANAS	514,29	IBL	2.261.701,12
TASA DE REEMPLAZO		90%					PENSION	2.035.531
SALARIO MÍNIMO		2.014					PENSIÓN MÍNIMA	$616.000,00

En lo que refiere a la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES esta no puede resultar próspera, ya que conforme se advierte del expediente administrativo y las Resoluciones GNR 31790 del 05 de febrero de 2014, GNR 416212 del 02 de diciembre de 2015, VPB 46162 del 28 de mayo de 2015, que al demandante le fue reconocida la prestación 01 de febrero de 2014, seguidamente, el 06 de mayo de 2015 efectuó la reclamación relacionada con el reajuste pensional y el incremento pensional del 14% por persona a cargo (CD fl. 226), la cual fue resulta por la mencionada resolución GNR 362144 del 18 de noviembre de 2015, por lo que en los términos del art. 151 del CPT y SS, el demandante contaba con 3 años a partir de esta fecha para presentar la respectiva acción judicial, lo que en efecto ocurrió, pues basta con remitirnos al folio 137 del plenario, para advertir que la demanda fue presentada el día 18 de diciembre de 2015, de modo que no se alcanzó a configurar el fenómeno extintivo de la prescripción, tal como lo concluyó la a quo, imponiéndose la confirmación de la decisión en este aspecto de la sentencia.

Dilucidado lo anterior y una vez efectuadas las operaciones aritméticas, el valor del retroactivo causado, que no fue concretado por la a quo, esto es, entre el 01 de febrero de 2014 y el 31 de julio de 2021, es de $26.540.382, según el siguiente cuadro ilustrativo:

EVOLUCIÓN DE MESADAS PENSIONALES.				**No. MESADAS ANUALES**	**DIFERENCIA**	**TOTAL, DIFERENCIA**
AÑO	**IPC Variación**	**VALOR MESADA CALCULADA**	**VALOR MESADA COLPENSIONES**			
2014	0,0366	$ 2.035.531	$ 1.801.698	12	$ 233.833	$ 2.805.996
$2.015	0,0677	$ 2.110.031	$ 1.867.640	13	$ 242.391	$ 3.151.087
$2.016	0,0575	$ 2.252.881	$ 1.994.079	13	$ 258.801	$ 3.364.415
$2.017	0,0409	$ 2.382.421	$ 2.108.739	13	$ 273.682	$ 3.557.869
$2.018	0,0318	$ 2.479.862	$ 2.194.986	13	$ 284.876	$ 3.703.386
$2.019	0,0380	$ 2.558.722	$ 2.264.787	13	$ 293.935	$ 3.821.154
$2.020	0,0161	$ 2.655.953	$ 2.350.849	13	$ 305.104	$ 3.966.358
$2021	-	$ 2.698.714	$ 2.388.698	7	$ 310.017	$ 2.170.116
					TOTAL, RETROACTIVO	**$ 26.540.382**

Lo anterior sin perjuicio del retroactivo que en lo sucesivo se siga causando y que deberá pagarse debidamente indexado.

Frente a la imposición de los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, esta Sala venía sosteniendo el criterio según el cual no había lugar a su procedencia, cuando de reajustes pensionales se trataba, en el sentido de que la entidad no se sustraía del reconocimiento de las mesadas pensionales, no obstante lo anterior, conforme al reciente criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL3130-2020, reiterada en la CSJ SL3090-2020, se recogió tal tesis para reinterpretar dicho artículo, enseñando lo siguiente:

«2. Como ya se anunció, una revisión atenta de la referida doctrina, obliga a la Corte a reconocer que ***no existe una razón jurídica objetiva para negar la procedencia de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cuando se trata de reajustes de la pensión, pues eso no es lo que se deriva de la norma, interpretada de manera racional y lógica****.*

En primer lugar, como antaño se había dicho en la sentencia CSJ SL, 2 may. 2002, rad. 17664, la Corte debe partir de la base de que «[…] el legislador no distinguió clase, fuente u otras calidades de la pensión», ni limitó expresamente la procedencia de los intereses moratorios al hecho de que se adeudara la totalidad de la mesada y no solo una parte de ella.

En efecto, si se observa con detenimiento el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se puede notar que ***el legislador no hizo diferenciación alguna a la hora de establecer los intereses moratorios****, ni en función de la clase de pensión legal que les sirviera de base, como se dijo recientemente en la sentencia CSJ SL1681-2020, ni teniendo en cuenta si se trataba del pago completo de la mesada pensional o tan solo de algún saldo.*

Siendo ello así, lo primero que se debe consentir es que ***ni siquiera una interpretación literal de la norma llevaría a la conclusión que hasta ahora sostenía la Corte, en virtud de la cual los intereses moratorios solo proceden en los casos de mora en el pago completo de la mesada pensional y no como consecuencia de algún reajuste****, pues eso no es lo que reza el texto de la disposición.*

Para dar cuenta del anterior aserto es importante tener en cuenta que la norma consagra los intereses moratorios, en forma pura y simple, «[…] en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales […]», además de que, en términos jurídicos, la mora en el cumplimiento de una obligación, como el pago de la mesada pensional, se produce tanto por la insatisfacción de todo lo debido como por su pago incompleto o deficitario. En este punto la mora esta conceptualmente ligada al pago de las obligaciones, entendido este, según el artículo 1627 del Código Civil, como «la prestación de lo que se debe», de manera que, mientras no se produzca este pago, en forma adecuada, oportuna y completa, la mora sigue produciendo todas sus consecuencias materiales y reales.

El artículo 1627 del Código Civil establece al respecto que el pago de una obligación debe hacerse «[…] en conformidad al tenor de la obligación […]» y que el «[…] acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.»

En similares términos, en la sentencia CSJ SL, 9 jul. 1992, rad. 4826, esta corporación anotó al respecto:

Que el pago deba hacerse "bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación", como lo dispone el artículo 1627 del Código Civil, no significa que pueda efectuarse de manera incompleta, pues en los textuales términos del artículo 1649 ibídem, "El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban".

Así lo entendió la Sala de Casación Civil de la Corte cuando dijo:
"El pago, para que tenga entidad de extinguir la obligación, debe hacerlo el deudor al acreedor en las condiciones establecidas por la ley, entre las cuales merece destacarse la de que debe efectuar en forma completa, o sea, que mediante él se cubra la totalidad, a virtud de que el deudor no puede compeler al acreedor a que lo reciba por partes, salvo estipulación en el punto, pues sobre el particular establece el inc. 2º del art. 1626 del C. C. que el "pago efectivo es la prestación de lo que se debe" y, para que sea cabal, íntegro o completo, debe hacerse, además, con sus intereses e indemnizaciones debidas, tal como reza el inc. 2º del art. 1649 ibídem, cuando dispone que "El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban".

De acuerdo con lo anterior, mientras no se cumpla a cabalidad con la respectiva obligación, en este caso, el pago íntegro de la mesada pensional en la cuantía y términos establecidos legalmente, la entidad obligada a su reconocimiento sigue en mora y, como consecuencia, según las voces naturales y obvias del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe pagar intereses moratorios sobre las sumas debidas.

Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la

> *entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora»*. (Lo resaltado es nuestro).

Así las cosas, esta Sala se acoge a dicha interpretación con los alcances allí definidos, precisando en todo caso que resulta aplicable la tesis expuesta desde la sentencia CSJ SL – 787 del 6 de noviembre de 2013, donde se determinó que no habrá lugar a la imposición de los mismos cuando se encuentre plenamente justificado la negación del derecho invocado, bien sea porque la entidad hubiera actuado con pleno respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales, empero no es menos cierto que ello no se configura en el caso de marras, pues no se observa ninguna razón atendible ni respaldo normativo frente a la renuencia de la demandada en proceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada desde el 26 de diciembre de 2013 y posteriormente el reajuste de la misma el 06 de mayo de 2015, en los términos aquí explicados, esto es teniendo en cuenta los periodos reclamadas pues incluso el demandante en el trámite administrativo aportó los respectivos soportes de la vinculación laboral a Colpensiones, con el ánimo de que ésta ejerciera las acciones de cobro ante su empleador, de suerte que no es posible dar aplicación en este caso concreto a la citada jurisprudencia que permita su exoneración.

En esa medida, como el promotor de la presente causa verificó la reclamación del reajuste pensional de la prestación a la entidad demandada el 06 de mayo de 2015, se condenará a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagarle, sobre el mayor valor que de cada una de las mesadas pensionales le corresponde con ocasión de la reliquidación pensional aquí ordenada y a partir del 07 de septiembre de 2015, intereses moratorios a la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento en que se efectué el pago, por lo cual, se modificará la decisión en este puntualísimo aspecto, en tanto y en cuanto el A quo no contabilizó el plazo que tenía Colpensiones para pronunciarse sobre el derecho reclamado.

INCREMENTO PENSIONAL (14%)

Sobre el derecho a los incrementos pensionales, esta Sala de decisión había venido sosteniendo conforme al criterio expuesto por la Sala Laboral de la CSJ, que estos no habían desparecido de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como lo había concluido la Alta Corporación en múltiples pronunciamientos predicando que los incrementos del 7 y 14% el Decreto 758 de

1990 conservaban su vigencia[3], no obstante el no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados, debía entenderse que conservaban su plena vigencia.

No obstante, lo anterior, recientemente en la sentencia SL2061-2021 expedida por la Sala de Casación Laboral el diecinueve (19) de mayo de dos mil veintiuno (2021), varió su criterio precisando:

> *«En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año,* ***basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica****, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:*
>
> *[…]*
>
> *En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).*
>
> *[…]*
>
> ***7. Conclusiones***
>
> ***De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica****; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.*
>
> *De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada»* (negrillas ajenas al texto original).

Lo anterior, pone de presente que se acogió de manera pura y simple lo expuesto por la Corte Constitucional identificada como SU140-19 que estimó que con la promulgación de la Ley 100 de 1993 los incrementos pensionales por persona a cargo desaparecieron de la vida jurídica. En ese orden, en virtud del respeto a la

[3] Sentencias del 27 de julio de 2005 Rad. 21517, del 5 de diciembre de 2007 Rad. 29531, Rad. 36345 de agosto 10 de 2010, reiterada en las sentencias SL942 del 20 de marzo de 2019, SL1292 del 10 de abril de 2019 y SL1466 del 23 abril de 2019

seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, se acogerá en lo sucesivo el criterio allí expuesto, en tanto y en cuanto, que a partir de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, 1° de abril de 1994, quienes adquirieron el derecho a la pensión en vigencia de esta ley, aunque le resulte aplicable el Decreto 758 de 1990, en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la ley ibidem, no tienen derecho al citado incremento pensional.

Definido lo anterior, en el caso concreto se evidencia que al demandante le fue reconocida su pensión de vejez de conformidad con lo regulado por el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, según se corrobora con las pluricitadas resoluciones, por lo que en aplicación del criterio jurisprudencial expuesto, se concluye que al demandante no le asiste derecho al incremento pensional por cónyuge a cargo, dado que, su pensión, pese a haber sido reconocida en la aplicación del Decreto 758 de 1990 lo fue en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la prestación personal por vejez otorgada a partir del 01 de febrero del 2014; por ello, sin más consideraciones al respecto, se revocará la decisión consultada en este aparte, sin que sean necesarias más elucubraciones.

De igual manera, se adicionará la decisión en lo atinente a autorizar a COLPENSIONES para que del retroactivo efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, los cuales operan de manera automática ya que es un aporte obligatorio que debe realizar el pensionado.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar el valor de las mesadas pensionales para el 2.014 en $2.035.531, 2015: $2.110.031, 2016: $2.252.881, 2.017: $2.382.421, 2.018: $2.479.862, 2.019: $2.558.722, 2.020: $2.655.953 y 2.021 en la suma de

$2.698.714; así como concretar el retroactivo por diferencias en las mesadas pensionales, las cuales ascienden a la suma de $26.540.382, calculadas desde el 1° de febrero de 2014 hasta el 31 de julio de 2021, sin perjuicio de las que se causen a futuro, conforme a los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL CUARTO de la aludida sentencia, en el sentido de precisar que los intereses moratorios sobre las diferencias pensionales, corren a partir del 07 de septiembre de 2015, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

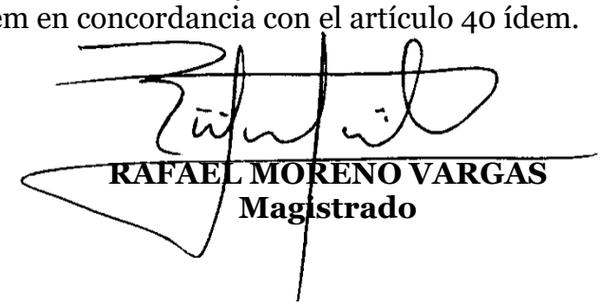
TERCERO: REVOCAR EL ORDINAR QUINTO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a COLPENSIONES de la pretensión relativa al incremento pensional del 14% por persona a cargo, de conformidad con lo expuesto en las argumentaciones de la presente providencia.

CUARTO: ADICIONAR la aludida sentencia, en el sentido de AUTORIZAR a la COLPENSIONES a realizar los descuentos a que haya lugar por concepto de los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud del retroactivo pensional causado, conforme se expuso en la parte motiva de la providencia.

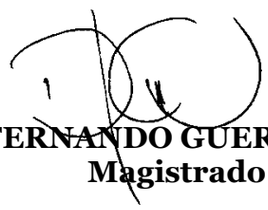
QUINTO: CONFÍRMAR en lo demás la decisión. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

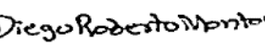
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por DELIO PUENTES MEDINA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 110013105-027-2019-0458-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a revisar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 02 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 08 de junio de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **DELIO PUENTES MEDINA**, pretende se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a reconocerle la pensión de vejez a la cual tiene derecho, de conformidad con lo preceptuado en el Acuerdo 049 de 1990. En subsidio, se condene al reconocimiento y pago de la pensión por actividades de alto riesgo; se reconozcan los intereses de mora a partir de la fecha en que adquirió el derecho. Lo extra y ultra petita, más costas del proceso.

Sustentó su petición, en síntesis, indicando que nació el 29 de mayo de 1953 y además cotizó para pensión 1.068 semanas. Que durante su vida laboral laboró en actividades de alto riesgo. Finalmente aseguró ser beneficiario del régimen de transición (fls. 03 a 13).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a la prosperidad de las pretensiones, indicando que no le asiste derecho al demandante, toda vez que, no cumplió con los presupuestos de los Articulo 12 y 15 del Acuerdo 049 de 1990, artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y Acto Legislativo 01 de 2005 para poderse pensionar con las expectativas del régimen de transición, antes del 31 de diciembre de 2014, pues los 60 años de edad los cumplió hasta el 04 de abril del año en que se contesta la demanda. Añadió que el accionante no es beneficiario del régimen de transición, pues como fue verificado, aunque cumple con el requisito de la edad al 1° de abril de 1994, no cumple con más de 15 años de servicios a dicha data. De igual modo, sostuvo que no tiene derecho a la pretensión subsidiaria que hace el demandante, ya que no es posible el reconocimiento de la pensión especial de alto riesgo a la luz de los requerimientos establecidos en el Decreto 2090 de 2003. Formuló como excepciones de mérito las de «inexistencia del derecho reclamado», «cobro de lo no debido», «buena fe de Colpensiones», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «carencia de causa para demandar», «prescripción», «compensación», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (fls. 48 a 52).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito, mediante sentencia proferida el 08 de junio del año 2021, declaró probadas las excepciones de mérito denominadas inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, propuesta por la parte demandada. En consecuencia, absolvió a la demandada COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Para arribar a la anterior conclusión, determinó respecto a la pensión de vejez que, si bien el actor era beneficiario del régimen de transición en razón a la edad, lo había perdido en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005, pues al 29 de julio del 2005 contaba con 587.95 semanas cotizadas, por lo que el actor tenía que causar su derecho pensional acreditando los requisitos a más tardar el 31 de julio de 2010, y no fue así. Indicó que no era posible desconocer la aludida reforma constitucional, ni invocar el principio de la condición más beneficiosa, pues las altas Cortes han manifestado que este principio tiene relevancia cuando existe un cambio normativo y el legislador no previó un régimen de transición que salvaguarde los derechos próximos a consolidarse. Con relación a la pensión de alto riesgo, explicó que, según la normatividad aplicable, el primer requisito es haber cotizado un mínimo de 700

semanas en actividades de alto riesgo o haber laborado en esas condiciones, precisando, que debía el actor acreditar las funciones para ser considerado como actividad de alto riesgo y para ello, no obstante, si bien aportó las certificaciones laborales con sus respectivas funciones como electricista la misma no era considerada de alto riesgo, aunado a ello, no evidenció nexo con sustancias comprobadas como cancerígenas o un ambiente circundado por altas temperaturas.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandante, inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación; consideró para tal efecto que, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia ha señalado que el derecho a la pensión de vejez por alto riesgo es de carácter constitucional y de su definición se extrae que impacta la expectativa y calidad de vida saludable al trabajador. Indicó que, conforme a la normatividad Constitucional, la pensión de vejez por alto riesgo encuentra amplio respaldo en esta norma superior, por lo que solicita sea tenida en cuenta. Explicó que según la Sentencia C177 de 1998 y las pruebas aportadas al proceso se cumplen con los requisitos presupuestos para acceder a la presión de vejez por alto riesgo. Finalmente alegó que el señor DELIO PUENTES MEDINA contó con más de 1066 semanas cotizadas y fue beneficiario del régimen de transición, por lo tanto, las pretensiones están llamadas a prosperar, con base en el Acuerdo 049 de 1990.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos en similares términos a los expuestos en la demanda y alzada respectivamente.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si al demandante le asiste derecho a la pensión de vejez consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, o en su defecto la pensión especial de vejez que consagra el artículo 2090 de 2003, de ser afirmativo, verificar si hay lugar al pago de intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se tiene como aspectos fuera de discusión que el demandante conforme al Registro Civil de Nacimiento que obra a folio 26, nació el

29 de mayo de 1953, por lo tanto, se tiene que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 40 años de edad, lo que, en principio, lo hace beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la citada disposición legal. De igual modo, se tiene acreditado que el demandante cotizó un total de 1,068 semanas en COLPENSIONES desde el 03 de marzo de 1988 hasta el 06 de septiembre de 2017 (fls. 23 a 25).

Así establecido, por orden metodológico y para un mejor proveer, se revisará lo atinente a la pensión de vejez reclamada. Para tal fin, debe advertirse conforme a lo dispuesto por el Acto Legislativo 001 de 2005 en su parágrafo transitorio 4, el régimen de transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción de aquellos afiliados, que estando en dicho régimen, acrediten cotizadas 750 semanas a la fecha de vigencia de la citada reforma constitucional que ocurrió el 29 de julio de 2005 (fecha de publicación del Diario Oficial 45984 de julio 29 de 2005).

Establecido lo anterior y partiendo de la base que por el factor de la edad el demandante tuvo la calidad de beneficiario del régimen de transición como lo exige el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, a 29 de julio de 2005, fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo No. 1 de ese año (fecha de publicación del Diario Oficial 45984 de julio 29 de 2005), éste no contaba con 750 semanas, o su equivalente en servicios, para pensionarse con el régimen anterior hasta el año 2014.

En efecto, una vez revisados los reportes de semanas de cotización arrimadas al proceso y el expediente administrativo en CD a folio 53, se encuentra que el demandante entre el 03 de marzo de 1988 y el 29 de julio de 2005 certifica un total de 587,49 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, lo cual significa que no logró conservar el régimen de transición, al menos hasta el año 2014.

En ese contexto, se insiste por parte de la Sala que de conformidad con lo dispuesto por el acto legislativo 01 de 2005, se debía acreditar por el demandante 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005, para extender temporalmente las prerrogativas de la transición hasta el 31 de diciembre de 2014, máxime, cuando el cumplimiento de la edad ocurrió con posterioridad al 31 de julio de 2010, cuando expiró de manera general el susodicho régimen transitivo.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que el demandante, sólo fue beneficiario del régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010, fecha para la cual, no reunía la edad necesaria para causar el derecho pensional y como se pudo verificar, no lo extendió hasta el año 2014 en los términos de la mencionada Reforma Constitucional.

Finalmente, resulta válido recordarle al apelante lo que sobre el tema reiteradamente ha sostenido la jurisprudencia, en tanto que los derechos adquiridos al tenor del artículo 58 la Carta Política, no pueden ser desconocidos por leyes posteriores, no así las simples expectativas de derecho que es lo que tenía y le protegía el régimen de transición al actor. En efecto, la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-177 de 2005, recordó que: «*(…) mientras no se realicen íntegramente los presupuestos, condiciones o requisitos que la misma norma contempla para adquirir el derecho, mal puede hablarse de "derecho adquirido»; lo que existe es una simple esperanza de alcanzar ese derecho algún día, es decir, una «expectativa», y como se ha reiterado, la Constitución no las protege. Sin embargo, considera la Corte que las 'expectativas' pueden y deben ser objeto de valoración por parte del legislador quien en su sabiduría, y bajo los parámetros de una anhelada justicia social, debe darles el tratamiento que considere acorde con los fines eminentemente proteccionistas de las normas laborales»*.

Para el caso del régimen de transición, en sentencia C-789 de 2002, dicha Corporación recordó lo dicho en Sentencia C-596 de 1997 estimando que: «*Para el caso concreto de las personas a las que se refiere la norma demandada, esto es las personas beneficiarias del régimen de transición al que se ha hecho referencia en esta Sentencia, resulta evidente que, por cuanto ellas, al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993 no habían cumplido aún con los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez por el régimen pensional al cual estuvieran afiliadas, no habían adquirido ningún derecho en tal sentido, y sólo tenían al respecto una expectativa de derecho…»*.

PENSIÓN ESPECIAL POR ALTO RIESGO

Ahora bien, el Decreto 2090 de 2003 aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendidas éstas como aquellas en las cuales las labores desempeñadas implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad de retiro de las funciones laborales que ejecuta con ocasión de su trabajo.

La citada regulación establece en su artículo 2º como actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, las siguientes:

> *«1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.*
>
> *2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.*
>
> *3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.*
>
> *4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.*
>
> *5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.*
>
> *6. En los Cuerpos de Bomberos, la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios.*
>
> *7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública».*

De igual modo, resulta válido indicar que, conforme a lo instruido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema (vg. CSJ SL1026-2021), no sólo por el hecho de que una empresa sea clasificada como de alto riesgo, puede predicarse que sus trabajadores estén expuestos a actividades de esa condición, pues nada impide que una empresa a pesar de que esté así catalogada como de alto riesgo y que al mismo tiempo, mantenga trabajadores que despliegan labores alejadas del alto riesgo para la salud, como puede ser el caso de quienes desempeñan cargos administrativos u oficios que no tengan verdaderamente exposición a sustancias para el caso cancerígenas. Por lo tanto, corresponde al trabajador demostrar que por razón de las tareas u oficios desarrollados estuvo en contacto con actividades de alto riesgo.

De cara a las normas y esclarecimiento jurisprudencial antes citado, se advierte que la parte actora con la finalidad de demostrar las labores de alto riesgo aportó diversas certificaciones laborales que dan cuenta que prestó sus servicios como Liniero en las empresas FUREL INGENIERÍA en el cargo de AUXILIAR TÉCNICO desde el 22 de noviembre de 2012, por lo menos hasta la fecha de expedición de la certificación el 05 de julio de 2013 (fl.19); con la empresa CENERCOL S.A. en el cargo de LINIERO DE REDES entre el 25 de mayo de 2001 hasta el 26 de

Septiembre de 2003 (Fl. 20); en la empresa GRUPO UNIÓN desde el 10 de mayo de 2008 hasta el 09 de noviembre de 2009, del 08 de agosto de 2011 hasta el 07 de agosto de 2012 y desde el 09 de agosto de 2012 hasta el 26 de noviembre de 2012 en el cargo de OFICIAL LINIERO (fls. 21 y 22); en la empresa JAIME INGENIEROS S.A. desde el 11 de noviembre de 2003 al 21 de enero de 2004 desempeñando el cargo de LINIERO 34.5KV (fl. 36); para la empresa GUSMAN BRETON & CIA LTDA. entre abril 12 de 1993 y 07 de junio de 1995 en el cargo de LINIERO y en la empresa MORELEC desde el 13 de junio de 2005 hasta el 11 de julio de 2005 en el cargo de LINIERO (fl. 42); asimismo se aportaron certificaciones laborales por parte de dos personas naturales que dan cuenta que el actor prestó servicios en redes eléctricas y como técnico electricista (fls. 40 y 41). En todos y cada uno de los empleos se observa que las labores estaban relacionadas con labores de electricista.

No obstante, lo anterior, de la labor de electricista no es dable concluir que el actor se encuentre expuesto a las actividades descritas como de alto riesgo por el referido artículo 2° del Decreto 2090 de 2003. En efecto, aunque tal labor entraña un riesgo, el legislador no la cataloga como de aquellas actividades que disminuyan la expectativa de vida saludable o la necesidad de retiro anticipado de tales funciones laborales. De tal manera que, tal y como lo coligió la A quo, la parte actora no demuestra que los trabajos realizados en efecto implicaran exposición a riesgos en los términos legalmente exigidos; en gracia de discusión, ni cuál era el nivel de exposición o si fue por todo el tiempo laborado.

Por lo anterior, no hay siquiera lugar a revisar si se configuró o no el requisito de semanas para la pensión especial, el cual, en todo caso, tampoco se observa alcanzado puesto que el actor al mes de agosto de 2017 apenas tenía 1.068,57 semanas de cotizaciones. Así las cosas, es claro que no le asiste razón a la parte recurrente, sin que en este caso sean aplicables las decisiones emitidas en sede de tutela por la Corte Constitucional.

Por lo brevemente expuesto, considera la Sala de Decisión, que se habrá de confirmar la decisión proferida en primera instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de la señora GILMA AURORA CIRO BUSTAMANTE contra la EMPRESA COLOMBIANA de PETROLEROS – ECOPETROL S.A- Y OTROS. Rad. 110013105-008-2018-00588-02.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de mayo de 2021.

RECUENTO PROCESAL

La señora GILMA AURORA CIRO BUSTAMANTE presentó demanda ordinaria laboral en contra de ECOPETROL S.A. y de la señora CARMEN DEL SOCORRO MANTILLA DE HERNANDEZ, con la finalidad de que se le reconozca como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor ALVARO HERNANDEZ QUINTERO ocurrido el 11 de abril de 2004, toda vez que convivió con el causante de manera ininterrumpida, compartiendo techo y lecho desde el 17 de septiembre de 1987 hasta el día de su fallecimiento; que como consecuencia de lo anterior, se ordene reconocer y pagar el retroactivo de las mesadas causadas; así como los intereses moratorios y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis indicó que conformó con el causante ALVARO HERNANDEZ QUINTERO una unión marital de hecho desde el 17 de septiembre de 1987 hasta el 11 de abril de 2004, fecha en la que ocurrió su

fallecimiento, convivencia que fue de manera pública e ininterrumpida, compartiendo techo y lecho, siendo económicamente dependiente de él y que de esta unión nació su hijo NELSON HERNANDEZ CIRO. Afirma que al causante le fue reconocida una pensión por parte de ECOPETROL S.A y que al fallecer este, le fue reconocida una pensión de sobrevivientes a ella y a su hijo NELSON HERNANDEZ CIRO en un 50%. Afirma que, por error involuntario y desconocimiento de los derechos que tenía como compañera permanente del causante, no solicitó oportunamente la sustitución de la pensión de sobrevivientes ante ECOPETROL; sin embargo, la presentó el 5 de julio de 2017 junto con la documentación requerida, aunque esta fue negada argumentando que «*la convivencia con el causante debía ser resuelta ante las autoridades judiciales pertinentes, pues la entidad carecía de autoridad para dirimir el conflicto*». Así mismo, señaló que la señora CARMEN DEL SOCORRO MANTILLA DE HERNANDEZ no tiene derecho a pensión de sobreviviente alguna, pues no convivió con el causante durante los últimos 5 años de su existencia.

CONTESTACIONES A LA DEMANDA

La apoderada judicial de **ECOPETROL S.A.** contestó el líbelo impetrado en oposición a las pretensiones, argumentando que la entidad en su momento cumplió con los trámites legales pertinentes y efectuó el reparto oportuno y pago de los derechos relativos a la sustitución pensional, que si bien después de esto se presentaron nuevos beneficiarios con el propósito de controvertir tal derecho, era claro que la entidad estaba liberada y los obligados a satisfacer las cuotas que les corresponden a los beneficiarios sobrevivientes serían aquellos que recibieron los respectivos beneficios, que para el caso son la señora CARMEN DEL SOCORRO MANTILLA DE HERNANDEZ y el señor NELSON HERNANDEZ CIRO quienes en su oportunidad también gozaron del derecho de sustitución pensional. Propuso como excepciones previas «No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios» y «prescripción»; así como las excepciones de mérito de «necesaria intervención de la justicia ordinaria laboral para la definición de los beneficiarios del derecho pensional de sobrevivencia derivado del fallecimiento del pensionado Álvaro Hernández Quintero»; «prescripción»; «pago»; «compensación»; «buena fe» y «genérica» (fls.123 a 135).

A su turno, la persona natural demandada **CARMEN DEL SOCORRO MANTILLA** a través de apoderado judicial, contestó la demanda en oposición a las pretensiones invocadas, para lo cual afirmó que la demandante nunca configuró jurídicamente una unión marital de hecho con el causante y nunca convivió con él,

lo cual quedó demostrado cuando ECOPETROL, con fundamento en aspectos legales y facticos inequívocos, concedió en su momento la pensión a quienes demostraron tener el derecho, como en el efecto no ocurrió con la allí demandante. Formuló como excepciones previas «falta de jurisdicción y competencia» y «prescripción»; así como las excepciones de mérito «prescripción»; «compensación»; «inexistencia de las obligaciones reclamadas»; «cobro de lo no debido» y «buena fe» (fls.191 a 200).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 08 Laboral del Circuito, mediante sentencia del 27 de mayo de 2021, declaró que las señoras GILMA AURORA CIRO BUSTAMANTE y CARMEN DEL SOCORRO MANTILLA DE HERNÁNDEZ, en calidad de compañera permanente y cónyuge respectivamente, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor ÁLVARO HERNÁNDEZ QUINTERO, a partir del 11 de abril de 2004, en cuantía inicial de $4.889.965 en un porcentaje del 50% hasta el 28 de mayo de 2015, fecha en que el joven NELSON HERNÁNDEZ CIRO alcanzó los 25 años de edad y a partir de allí incrementada en un 100%. Condenó a ECOPETROL a reconocer y pagar a la compañera permanente GILMA AURORA CIRO BUSTAMANTE en proporción del 13.6% a partir del 11 de abril de 2004 hasta el 28 de mayo de 2015 y a partir de allí el 27.2% de manera vitalicia. Al cónyuge CARMEN DE EL SOCORRO MANTILLA DE HERNÁNDEZ el equivalente al 36.4% entre el 11 de abril de 2004 y el 28 de mayo de 2015, a partir de allí el 72.08%. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 18 de septiembre de 2015, absolviendo de las demás pretensiones y se abstuvo de imponer costas procesales.

Para arribar a la anterior conclusión, indicó luego de encontrar probado que el causante dejó configurado el derecho y que la prestación le fue reconocida tanto al hijo del causante como a su cónyuge. Señaló que por la fecha del fallecimiento las normas aplicables eran los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993; en tal medida, una vez se adentró al estudio delas pruebas aportadas encontró que la señora demandante GILMA AURORA CIRO BUSTAMANTE sí convivió con el causante en calidad de compañera permanente por lo menos desde el año 1992 hasta la fecha del fallecimiento. En lo referente a la cónyuge CARMEN DE EL SOCORRO MANTILLA DE HERNÁNDEZ explicó que se constató que la unión conyugal se mantuvo vigente hasta la fecha del fallecimiento, al haber convivido desde la fecha en que contrajeron nupcias desde el 27 de octubre de 1962 hasta su deceso. Por lo anterior encontró una convivencia simultánea desde el año 1992 hasta el 1 de abril

de 2004, habiendo lugar a otorgar la prestación en proporción al tiempo convivido, en aplicación del inciso 2° del literal b del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, según los porcentajes atrás indicados. De igual modo, indicó que al haberse reconocido la prestación en un 50% al joven NELSON HERNÁNDEZ CIRO, era dable efectuar el cálculo a cada una de las beneficiarias sobre el 50% hasta el momento en que alcanzó los 25 años de edad, que lo fue el 28 de mayo de 2015 y a partir de allí se incrementaba en un 100% para las dos beneficiaras. Frente a los intereses moratorios, indicó que no eran procedentes porque la negativa en el reconocimiento pensional se basó en la controversia existencia entre cónyuge y compañera permanente y por la firmeza del acto administrativo que había reconocido la prestación previamente a la señora cónyuge. De igual modo, había lugar a probar parcialmente la excepción de prescripción frente a las mesadas causadas con anterioridad a los 3 años de la presentación de la demanda, porque la reclamación efectuada el 07 de julio de 2017 no tenía la vocación de interrumpir el término de prescripción, pues se hizo por fuera del término trienal desde que se hizo exigible el derecho.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme parcialmente con la decisión, el apoderado de la demandante la apeló, solicitando que se modifique en el sentido que la señora GILMA AURORA CIRO BUSTAMENTE convivió de forma simultánea y que la proporción debe ser del 50% tanto para ella como para la cónyuge y no como lo calculó la a quo.

A su turno, el apoderado judicial de la señora CARMEN DEL SOCORRO MANTILLA también inconforme con la decisión, indicó que disentía de la decisión en el sentido que se demostró la convivencia durante los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del causante con la señora GILMA AURORA CIRO, pues en ninguna parte del proceso, ni con la documentación ni con los testimonios se comprueba tal hecho y que probablemente por el hecho de tener un hijo en común, se tuvieran que reunir o compartir actividades familiares, pero realmente, en ningún momento se probó la convivencia en los últimos 5 años con anterioridad al fallecimiento. Que había una posible relación sentimental que nadie discute, pero para efectos del reconocimiento a la pensión se exige la convivencia, la cual no aparece claramente demostrada con los testimonios, los cuales conducen a decir que ellos tenían una relación, que como tal no se puede negar, pero acá se exige más que una relación, sino una convivencia. Que lo que sí quedó claro es que la convivencia quedó acreditada con la esposa y sus hijos, que permanentemente

tenía su casa en Bucaramanga y allá ejercía sus funciones de pensionado y que eventualmente iba a visitar al hijo que tenía en otra ciudad, pero que no hubo convivencia con la señora CIRO. Aunado a lo anterior, indicó que con relación a la interpretación que se le da al literal c, inciso 4° del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en torno a la convivencia simultánea, indicó que la norma claramente indica que si se demuestra convivencia entre las dos debe preferiste a la cónyuge, por lo tanto, existe una errónea interpretación de esa norma y no debe compartirse la prestación. De modo que debe revocarse la prestación y permanecer en un 100% su derecho pensional. Comentó que si bien es un tema que le corresponde a ECOPETROL, que en caso de que se dé la pensión como estableció el despacho podría darse un pago de lo no debido, pues durante el tiempo en que la cónyuge estuvo compartiendo la pensión con el hijo, habría que ser revisado.

Finalmente, la apoderada judicial de ECOPETROL S.A interpuso recurso de apelación señalando que debe revocarse la sentencia para absolverá de las pretensiones, especialmente los numerales, primero, segundo y cuarto, pues se incurrió en un error al estimar la a quo que la normativa aplicable al presente caso corresponde a la Ley 100 de 1993, sino que lo es el Decreto 1160 de 1989, como quiera que ECOPETROL se encuentra en un régimen exceptuado, por lo tanto, no resultó arbitrario que se exigiera la presentación de documentos y acreditación de los requisitos para acceder a la sustitución pensional y en este caso, no puede pretenderse como lo hizo la parte actora y como erróneamente ha sido reconocido por el Despacho, que se compartiera la sustitución pensional, tanto para la compañera permanente como para la cónyuge. Precisó que la señora GILMA AURORA CIRO sí tuvo conocimiento del procedimiento para el reconocimiento de la sustitución pensional al que había lugar en ECOPETROL toda vez que fue ella quien tramitó en favor de su hijo, NELSON HERNÁNDEZ CIRO el reconocimiento de la sustitución pensional, en esa medida, si consideraba en su oportunidad que tenía el derecho para acceder a dicho beneficio, debió haber promovido o presentado la reclamación en su oportunidad y haberlo pretendido sólo hasta el 07 de julio de 2017 y con la demanda, denota un acto de mala fe en la medida que impone para ECOPETROL un pago de lo no debido en favor de quien ya se había efectuado un reconocimiento, en este caso a la señora cónyuge del causante. Agregó que incurrió en un error el despacho al considerar como fecha para para distribuir las mesadas pensionales, el periodo de mayo de 2015, toda vez que se encuentra acreditado en el proceso, que el joven NELSON HERNÁNDEZ recibió mesadas hasta julio de 2016, tal y como lo dijo en su testimonio; lo que también estaba acreditado en el proceso con los documentales, momento a partir del cual

se hizo el reconocimiento del 100% a favor de la cónyuge, reiterando que ECOPETROL le ha venido pagando de buena fe las mesadas a ésta por haber acreditado los requisitos para tal efecto. Lo cual por demás se ha venido haciendo con recursos públicos, de modo que no habría lugar a efectuar un doble pago desde la fecha que el Juzgado determinó el reconocimiento. Adicionalmente solicitó que en el evento de considerarse que hay lugar al reconocimiento a ambas, se ordene que la señora CARMEN MANTILLA devuelva tales dineros o en su defecto la señora GILMA AURORA CIRO haga a esta la solicitud de recobro de dichas mesada y no se imponga una doble carga a ECOPETROL.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto la parte actora como la accionada ECOPETROL presentaron alegaciones en similares términos a los expresados en la alzada. La señora CARMEN DEL SOCORRO MANTILLA guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en su calidad de compañera permanente.

CONSIDERACIONES

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del señor ÁLVARO HERNÁNDEZ QUINTERO acaeció el 11 de abril de 2.004 (folio 8), quien en vida disfrutaba de una pensión mensual vitalicia de jubilación concedida por la accionada Ecopetrol S.A. desde el 01 de agosto de 1985, en tanto así lo admitió la entidad demandada desde el momento en que dio contestación a la demanda (Fl 127 vuelto), entidad que, una vez acaecida la muerte del pensionado, le reconoció y ordenó pagar la transmisibilidad de las mesadas pensionales a la señora CARMEN DEL SOCORRO MANTILLA DE HERNÁNDEZ y al menor hijo menor del causante y la demandante, NELSON HERNÁNDEZ CIRO, lo anterior, en los términos del Decreto 1160 de 1989 (Fls. 161 y 169).

Ha de indicarse que la pensión de sobrevivientes, a la luz de los principios que inspiran el Estatuto de Seguridad Social, fue consagrada como una prestación

económica tendiente a cubrir las contingencias que se suscitan con ocasión de la muerte del afiliado o pensionado que brinda asistencia económica a su grupo familiar, por lo que su finalidad principal consiste en evitar que la familia del causante quede desamparada ante la ausencia de los ingresos que generaba la actividad laboral del asegurado, por lo que se hace necesario que en el Sistema recaiga las cargas materiales que se generan de cara a dicho infortunio, y menguar las aflicciones morales inherentes a dicho evento.

Como es sabido, el reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, así como las controversias que se susciten en torno del mismo, deben regularse por las normas vigentes al fallecimiento del afiliado o pensionado, por lo que frente a este derecho pensional, a diferencia del que surge como consecuencia de la contingencia de vejez, no puede remitirse a normas anteriores al acaecimiento del riesgo que se asegura, toda vez que en este evento no se está frente a un derecho adquirido ni expectativa legítima, dado que éste solo nace en cabeza de quienes sean beneficiarios una vez se suscite el fallecimiento del asegurado o pensionado.

Puestas así las cosas, se precisa que como quedó dicho en precedencia, al haber fallecido el causante 11 de abril de 2004, la norma aplicable, contrario a lo establecido en primera instancia, no es la Ley 100 de 1993, sino el numeral 1° del artículo 3° de la Ley 71 de 1988 y los artículos 5° y 6 de su Decreto Reglamentario 1160 de 1989, tal y como lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral precisando en torno a los servidores de Ecopetrol, que en principio, su situación pensional no se regula por lo establecido en la Ley 100 de 1993, debido a lo establecido en su artículo 279, el que los excluyó expresamente de su aplicación.

No obstante, tal como se memoró en la providencia CSJ SL414-2021, debido a la modificación efectuada mediante el artículo 3° de la Ley 797 de 2003 al sistema general de pensiones, el legislador empezó el desmonte gradual de este régimen exceptuado al disponer que los trabajadores que ingresaran a Ecopetrol a partir de su vigencia, esto es, el 29 de enero de 2003, debían vincularse de forma obligatoria a dicho sistema creado por la Ley 100 de 1993. Posteriormente, el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció en el parágrafo transitorio segundo de su artículo primero que *«la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010»*, de modo que hasta esta fecha tuvo vigencia el régimen exceptuado de los trabajadores de Ecopetrol.

El asunto objeto de la controversia fue definido por el Alto Tribunal en sentencia CSJ SL 3 jun. 2004, rad. 21474 en la que precisó:

> *«Le asiste razón a los recurrentes en cuanto a la crítica que hacen al Tribunal por haber resuelto la controversia en el sub lite a la luz de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y concretamente aplicando las reglas de la pensión de sobrevivientes previstas en el artículo 47, cuando con arreglo al artículo 279 de tal normatividad, los trabajadores y pensionados de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL, están excluidos del régimen de Seguridad Social allí consagrado, en los términos previstos en esa disposición.*
>
> *Dice el texto legal citado, en los apartes pertinentes:*
>
> *"Artículo 279. Excepciones.*
> *"…*
> *"Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social,* ***no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma****. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos – Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del Régimen de Seguridad Social de la misma mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol". (Subrayas fuera de texto).*
>
> *La vocación de la Ley 100 de 1993 fue de excluir a los servidores de la Empresa Colombiana de Petróleos así como a sus pensionados del régimen de Seguridad Social consagrado en ella, y de manera concordante dejó vigente la Ley 71 de 1988 habiendo derogado sólo el parágrafo del artículo 7° atinente a pensión por aportes, pues incluso, a ella remite en el parágrafo 3° del artículo 279, por lo que quedó en vigor lo concerniente a la sustitución pensional reglamentada por el Decreto 1160 de 1989, para los eventos en que fuera aplicable.*
>
> *Por lo anterior, es evidente que el Juzgador de segundo grado incurrió en los desatinos jurídicos que se le endilgan y en esa medida los cargos son prósperos por lo que se procederá a la casación total del fallo gravado».*

De este modo, erró la A quo al no haber advertido la situación antes descrita, puesto que el régimen exceptuado de las pensiones de Ecopetrol, no había desaparecido al momento de fallecer el causante, que lo fue el 11 de abril de 2004, por lo que la situación pensional aquí debatida debe regirse por el artículo 3° de la Ley 71 de 1988 y los artículos 5° y 6 de su Decreto Reglamentario 1160 de 1989, al ser la normatividad que se encontraba vigente al momento de la muerte del causante.

En ese orden de ideas, el artículo 3 de la Ley 71 de 1988 consagra:

> *«Artículo 3.- Extiéndase las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge supérstite compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos*

> *inválidos que dependan económicamente del pensionado, en las condiciones que a continuación se establecen:*
>
> *1. El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente, tendrán derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores o inválidos por mitades la sustitución de la respectiva pensión con derecho a acrecer cuando uno de los dos órdenes tengan extinguido su derecho. De igual manera respecto de los hijos entre sí.*
>
> *2. Si no hubiere cónyuge o compañero o compañera permanente, la sustitución de la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores o inválidos por partes iguales.*
>
> *3. Si no hubiere cónyuge supérstite o compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, la sustitución de la pensión corresponderá a los padres.*
>
> *4. Si no hubiere cónyuge supérstite, compañero o compañera permanente, ni hijos menores o inválidos, ni padres, la sustitución de la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante.*

Por su parte el Decreto 1160 de 1989, que reglamentó la anterior disposición, en el artículo 6 previó lo siguiente:

> *«Artículo 6º.- Beneficiarios de la sustitución pensional. Extiéndense las previsiones sobre sustitución pensional:*
>
> *1. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente ~~y, a falta de éste~~, al compañero o a la compañera permanente del causante.*
>
> ~~*Se entiende que falta el cónyuge:*~~
>
> ~~*a) Por muerte real o presunta;*~~
>
> ~~*b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;*~~
>
> ~~*c) Por divorcio del matrimonio civil.*~~
>
> *2. A los hijos menores de 18 años, inválidos de cualquier edad y estudiantes de 18 años o más de edad, que dependan económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez o estudios.*
>
> *3. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente o hijos con derecho, en forma vitalicia a los padres legítimos, naturales o adoptantes del causante, que dependan económicamente de éste.*
>
> *4. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente hijos y padres con derecho, a los hermanos inválidos que dependan económicamente del causante hasta cuando cese la invalidez.*
>
> *Parágrafo- Los órdenes de sustitución consagrados en el presente artículo, se aplicarán a la pensión especial establecida en el artículo 10. de la Ley 126 de 1985 en favor de los beneficiarios de los funcionarios o empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, conforme al artículo 4 de la Ley 71 de 1988.».*

Los apartes tachados fueron declarados nulos por inconstitucionalidad mediante sentencia CE SCA, 12 oct. 2006, rad. 803-99 de la Sección Segunda de la Sala de lo

Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, decisión que en principio, no ha de tenerse en cuenta, como quiera que fue proferida con posterioridad al deceso del pensionado y de conformidad con el artículo 189 de la Ley 1437 de 2011 CPCA, las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Nacional, tienen efectos hacia el futuro, salvo que el juez disponga otra cosa, lo que en este caso no ocurrió.

Así las cosas, bajo el prisma de tal normativa, se concluye preliminarmente, que ante la existencia de cónyuge, debe desplazarse a la compañera permanente por expresa disposición legal y reglamentaria, en consecuencia no le asistiría el derecho deprecado a la accionante Gilma Aurora Ciro Bustamante, dado que no se discute en el proceso la calidad de esposa del causante de la señora Carmen del Socorro Mantilla de Hernández.

Pese a lo anterior, estima la Sala que debe apartarse de dicha normatividad y avalar la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad (art. 4 C.P.), e inaplicar dicha disposición en tanto que sólo contempla a la *cónyuge* como beneficiaria, dada la clara discriminación que brota de la misma respecto de la compañera permanente, por ende, contrario a los mandatos de la Constitución Política de 1991 que propenden por el respeto de la familia en condiciones de igualdad y esa perspectiva constitucional tiene notoria incidencia en las cuestiones relativas a la seguridad social, entre ellas lo concerniente a la determinación de los beneficiarios de las prestaciones sociales que, como la pensión de sobrevivientes que causaban los trabajadores de regímenes otrora exceptuados como el de Ecopetrol, esperan la protección de las contingencias derivadas de la muerte sin distinciones originadas en la clase de unión familiar.

De modo, que en caso de convivencia efectiva y simultánea de la compañera permanente y cónyuge, con el causante para la fecha del deceso, para efectos de la sustitución pensional, no debe darse prevalencia a cualquier disposición que privilegie el derecho de la cónyuge frente al derecho de la compañera, por tanto, no existe razón alguna que justifique la exclusión de una frente a la otra, para efectos del reconocimiento pensional, menos bajo la égida de la protección constitucional a la familia, como núcleo esencial de la sociedad (42 de la CN).

Al efecto, en la sentencia CSJ SL5041-2020, se memoró que las pensiones de sobrevivientes están cimentadas sobre la efectiva convivencia, «*su finalidad esencial la constituye la protección del núcleo familiar del asegurado que fallece,*

que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia».

La Corte Constitucional, se ha pronunciado respecto a la diferencia de trato entre cónyuge y compañera permanente, precisando que el vínculo jurídico que relaciona al fallecido con el potencial beneficiario no puede ser una circunstancia relevante para establecer a quién se le debe otorgar la pensión, en la medida en que hacerlo ubicaría a *«[…] las uniones de hecho en una situación de clara desventaja con respecto a las familias surgidas del matrimonio»*, así lo indicó en la sentencia C-482 de 1998.

De igual modo, se destaca que la consideración importante al momento de determinar los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes es la convivencia del causante con el cónyuge o compañero permanente supérstite, acogiendo un criterio mediante el cual se designa al acreedor de la prestación basado en la convivencia material, real y efectiva; por lo que, se avizora que condicionar la configuración del derecho a la pensión a la existencia de un vínculo matrimonial implica efectuar diferenciaciones que son injustificadas, al impedir el cumplimiento de la finalidad de la sustitución pensional, e inadmisibles, desde el plano del derecho a la igualdad.

La jurisprudencia ha sido uniforme en considerar que el derecho de la «*compañera permanente*» para adquirir el derecho a la sustitución de la pensión de jubilación debe darse en iguales condiciones a la «*viuda*», sin que ello implique desconocer que, en una primera fase histórica, fueron normas expedidas por el legislador acorde con la realidad social del momento, conforme a las costumbres, creencias y estado del derecho de una sociedad donde prevalecía el formalismo del matrimonio, e indudablemente primaba un pensamiento que defendía estos estereotipos de familia con los prejuicios que ello acarreaba de cara a las uniones naturales, los que traídos a estos tiempos constituyen una clara afrenta a derechos fundamentales tales como la igualdad, pues amenazan e interfieren arbitrariamente en el ejercicio de los derechos del ser humano.

En tal sentir, el carácter dinámico y evolutivo de los mandatos normativos, «*por regla se han de leer adecuándolos a un contexto transformado respecto al que tuvo en cuenta en su momento el legislador. Ciertamente, es corriente encontrar*

asuntos inaceptables hoy, que eran admisibles en épocas pasadas[1]*»*, como en lo que aquí concierne al trato que se le dispensaba a la cónyuge por encima de la compañera permanente, respecto del derecho que podría asistirle por razón del pensionado fallecido o del trabajador que feneciere estando en camino de adquirir la pensión de jubilación, bajo la égida de la aludida disposición.

En buena hora, se ha avanzado, aunque de forma paulatina, tanto en el ámbito legislativo como a través del activismo judicial, hacia una sociedad igualitaria, en procura de una verdadera paridad de derechos, en aras de contribuir a un verdadera comunidad global e incluyente, respetuosa de los instrumentos internacionales y de la protección de las prerrogativas fundamentales. De hecho, en estas últimas décadas y según se desprende de las ponencias ante el Congreso de la República del proyecto que culminó con la expedición de la Ley 113 de 1985 *«por la cual se adiciona la Ley 12 de 1975 y se dictan otras disposiciones»*, lo que procuró esta última fue corregir la discriminación de la compañera permanente frente a la viuda, que generó la Ley 33 de 1973.

Bajo esa óptica, no resulta admisible la disparidad de trato entre la cónyuge y la compañera permanente, aún para la época en que acaeció el fallecimiento, cuando lo verdaderamente importante son los lazos de la pareja, especialmente de quien pretende acceder a la prestación, en aras de mantener sus mínimas condiciones de vida ante la ausencia del pensionado o trabajador, que es la circunstancia que genera, precisamente, esa carencia de ayuda material y aún emocional y espiritual que produce la pérdida del ser querido con el que se convivía, independiente del ropaje sacramental o formal de la relación conyugal.

En ese orden de ideas, se viene inclinando la moderna hermenéutica normativa, incluso con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, por una comprensión amplia sin distingo entre cónyuges y compañeras permanentes, sin diferenciaciones arbitrarias e injustificadas. A la par, en estas situaciones, debe darse espacio a la equidad, como bien lo mencionó la Corte Constitucional en la sentencia C-284 de 2015, por cuanto la equidad, en tanto principio general del derecho, y criterio auxiliar en la resolución de los conflictos, debe ser aplicada en materia judicial *«[…] "en los espacios dejados por el legislador" al paso que "su función es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto" […]»*.

[1] Sala de Casación Laboral CSJ SL672-2021.

En este sentido, el operador judicial está llamado a tener en cuenta el citado principio, en la medida en que aquel también gobierna su actividad. Sobre el particular, resulta igualmente válido, traer a colación lo enseñado por la Corte Constitucional, en la sentencia C-1547 de 2000, en la que consideró:

> *«[…] El juez está llamado a afinar la aplicación de la norma legal a la situación bajo examen, con el objeto de lograr que el espíritu de la ley, que el propósito del legislador, no se desvirtúe en el momento de la aplicación, por causa de las particularidades propias de cada caso. Lo anterior no implica que el juez desatienda la norma legal, se aparte de la voluntad del legislador, sino que la module al caso concreto, evitando inequidades manifiestas o despropósitos, resultados que en todo caso también habría impedido el legislador si los hubiera podido prever».*

Lo anterior, que también fue citado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL-671 de 2021, añadiendo que en situaciones como las que nos ocupa, resulta igualmente aplicable lo estatuido en el artículo 53 de la Constitución Política, según el cual constituye principio mínimo del trabajo la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, trayendo a colación igualmente, lo definido por la Corte Constitucional, entre muchas otras, en la sentencia SU-241 de 2015, donde a este respecto señaló:

> *«La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador».*

En ese orden, añadió el Alto Tribunal, que «*la favorabilidad debe ser guía de interpretación y entendimiento de las normas laborales y, en caso de duda, la única opción hermenéutica posible es aquella que favorezca al trabajador»*.

En suma, para la Sala, desde una perspectiva social y constitucional, no resulta admisible preferir a la cónyuge y desplazar a la compañera permanente ante la existencia de ambas, en los términos del artículo 6 del Decreto 1160 de 1989, pues resulta abiertamente regresiva de cara a la evolución que ya presentaba el sistema de protección al núcleo familiar vigente para la época y por ende abiertamente inconstitucional, siendo lo verdaderamente relevante, la satisfacción de las exigencias fácticas mínimas requeridas por la normativa para acceder al derecho pensional.

Así las cosas, como argumento conclusivo, estima la Sala que la disposición transcrita, en armonía con la jurisprudencia atrás referida, no puede ser entendida en el sentido de excluir a la compañera como beneficiaria de la prestación, ante la existencia de cónyuge con derecho, en aquellos casos que, desde luego, se acredita el supuesto de la convivencia.

En tales términos, considera la Corporación que es posible estudiar si la demandante en calidad de compañera permanente cumplió o no con el requisito de convivencia respecto del pensionado, que es lo que allí se requería para hacerse acreedora de la misma, según lo preceptuado en el artículo 12 del referido Decreto, que dispone:

> *«Artículo 12. Compañero permanente. Para efectos de la sustitución pensional, se admitirá la calidad de compañero o compañera permanente ~~a quien ostente el estado civil de soltero(a)~~ y* ***haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior*** *al fallecimiento de éste o en el lapso establecido en regímenes especiales.* **(El texto tachado fue declarado nulo por el Consejo de Estado, mediante sentencia CE SCA, 8 jul. 1993, exp. 4583.)**
>
> *Parágrafo. El compañero o compañera permanente pierde el derecho a la sustitución pensional que esté disfrutando cuando contraiga nupcias o haga vida marital».*

Para tales fines, observa la Sala que la parte actora arrimó al plenario declaraciones extra proceso rendidas ante notario de los señores **LIDIA NEDA GALVIS MUÑOZ** y **FRANCY JANETH SALAZAR ISAZA**, la primera de ellas indicó conocer *«a la sra. GILMA AURORA CIRO desde el año de (1.999) hasta la fecha, o sea Hoy enero 25 del 2.013» porque llegué a trabajar a la casa de GILMA AURORA CIRO que quedaba ubicada en la CALLE 9 con CARRERA 1 de PUERTO BOYACA- BOYACA hasta el mes de Febrero del dos mil cuatro .-y ahora en este momento porque somos amigas y vecinas- […] distinguí al Señor ALVARO HERNANDEZ QUINTERO también desde el año de (1.999) hasta febrero del año (2.004), porque él era mi patrón, él vivía con la Sra. GILMA AURORA CIRO y me pagaba el salario por trabajar en la casa de la CALLE 9 con CARRERA 1 en Puerto Boyacá, en diciembre en el año dos mil tres el sr. ALVARO HERNANDEZ QUINTERO viajó a Bucaramanga por cuestiones médicas, pero permanentemente llamaba a la Sra. AURORA CIRO hasta cuando falleció en ABRIL DEL DOS MIL CUATRO.- […] la señora GILMA AURORA CIRO y ALVARO HERNAN DEZ QUINTERO eran compañeros y compartían como marido y mujer, el señor ALVARO HERNANDEZ salía a trabajar y ella se quedaba preparándole los alimentos. Doña GILMA AURORA dependía económicamente*

de don ALVARO ya que él no le dejaba trabajar, le daba para el mercado, vestido, alimentos, droga, Don ALVARO compartía mucho con su Hijo NELSON HERNANDEZ CIRO, el niño tenía nueve años cuando llegué a trabajar a la casa de doña GILMA, don ALVARO HERNANDEZ llevaba al colegio al niño NELSON HERNANDEZ CIRO, hacían las tareas, prácticamente era una relación de marido y mujer, salían a fiestas del pueblo, reuniones familiares, se recreaban, a supermercados a comprar los alimentos, a la iglesia, convivieron como marido y mujer hasta cuando él falleció» (fl. 112 fte. y vto.).

En la declaración extra proceso rendida por **FRANCY JANETH SALAZAR ISAZA,** inició que conoce *«si distingo a DOÑA GILMA AURORA GIRO desde el año 1989 porque mi señora madre quien ya falleció le arrendó en ése tiempo una casa que quedaba ubicada en la Cra 2 15-50 de PUERTO BOYACA a DON ALVARO HERNANDEZ Y GILMA AURORA CIRO, quienes vivieron ahí por espacio de cinco años, y por eso nos hicimos amigas.- y luego vivieron en otra casa y los visitaba con frecuencia- […] distinguí a DON ALVARO HERNANDEZ , también desde el año de (1.989) hasta cuando falleció en el mes de febrero del dos mil cuatro, él vivía con DOÑA GILMA AURORA CIRO […] y él era quien pagaba el arriendo. […] la Señora GILMA AURORA CIRO Y ALVARO HERNANDEZ QUINTERO eran compañeros, compartían momentos como marido y mujer, él era quien cancelaba el arriendo, tenían un hijo quien se llama NELSON HERNANDEZ CIRO, don ALVARO trabajaba y les prodigaba todo lo necesario, Don ALVARO no dejaba que doña GILMA AURORA trabajara. Ellos salían a hacer el mercado, pagar los servicios, a la iglesia, a fiestas, reuniones familiares, como marido y mujer, me consta ya que compartía mucho con ellos porque la Sra. GILMA AURORA preparaba buenas comidas a su compañero y me invitaba. Don ALVARO HERNANDEZ trabajaba con la Empresa INGESER en PALAGUA en Puerto Boyacá, salían doña GILMA Y DON ALVARO a caminar en horas de la mañana a hacer ejercicio»* (fl. 113 fte y vto.).

De igual modo se recibieron los testimonios de los señores **GLORIA AMPARO CAVIEDES ZAFRA, ADRIANA MILENA HERNÁNDEZ MANTILLA, NELSON HERNÁNDEZ CIRO, MARIA YOHANY CALLE BARRAGÁN, JEYMY GONZÁLEZ RUA, ÁLVARO ERNESTO HERNÁNDEZ MANTILLA Y ELIANA RUEDA SALAMANCA.** Frente a los cuales se presentó tacha de sospecha a los señores **NELSON HERNÁNDEZ CIRO, ÁLVARO ERNESTO HERNÁNDEZ MANTILLA y ELIANA RUEDA SALAMANCA**.

GLORIA CAVIEDES, quien dijo había sido la esposa de un hermano de la señora Gilma Ciro, pero que se había separado hace 10-12 años; que no conoce a la señora Carmen del Socorro Mantilla. Expresó que conoce a la señora Gilma hace muchísimos años ya que siempre vivieron en el mismo barrio, más o menos desde que ella tenía unos 10 años de edad, en general unos 30 años; que el barrio es en el centro del municipio de Puerto Boyacá; dijo haber conocido al causante por ser el esposo de la señora Gilma, aclarando que ellos vivían en unión libre. Mencionó que no sabía en qué momento o el año en que comenzó la relación, pero que vivieron en el barrio en la misma casa donde ella vive todavía, que la pareja procreó un niño de nombre Nelson. Anotó que ella visitaba la casa de manera constante, cuando empezó la relación con el hermano de ella y cuando convivía con él compartían mucho. Que las visitas en la semana podían ser dos o tres veces porque viven en el mismo pueblo, la diferencia era el barrio, pero era constante. Que el causante, permanecía ahí en la casa porque siempre lo veían, que eran muy contadas las veces él salía y se daban cuenta, porque cuándo salía les decía que tenía que viajar pero que venía al otro día y que nos veíamos, era como de un día para otro era muy rara la vez que se ausentaba. Dijo que no sabía si el señor Álvaro Hernández tenía casa en Bucaramanga, que ella escuchaba que el hijo lo llamaba, pero no que tuviera casa. Que el causante sólo nombraba a un hijo, pero no sabía cuántos hijos tenía y tampoco sabía si tenía alguna enfermedad. Que el señor falleció en el año 2004, pero no fue a visitar al hospital cuando estuvo enfermo ni a su sepelio y tampoco tenía conocimiento de qué había muerto, pero que cuándo se enfermó se fue para Bucaramanga porque la IPS era de allá. Tampoco sabía si la señora Gilma había ido a visitarlo en su enfermedad, pues cuando eso sucedió ella vivía en otro pueblito. Dijo que el causante trabajaba en una empresa de petróleos. Explicó que ellos compartían y viajaban mucho con él, por lo que sabía, que en el momento en que él se enfermó le tocó viajar para Bucaramanga porque ya se ausentó mucho tiempo, entonces fue cuando preguntó que pasaba. De igual modo, mencionó que creía que la relación perduró aproximadamente unos 30 años, por el tiempo que la conocía, siempre la vio con él «*de ahí para allá tenía relación antes de vivir me imagino antes de vivir ahí ya tenía la relación, hablo del momento en que ella se pasó a vivir ahí en el barrio*». Que las empresas donde trababa el causante era en «*Basconia, por lo general es el punto de las empresas de petróleo*», lo cual quedaba en Puerto Boyacá y que siempre trabajó en ello por el tiempo en que lo conoció, pero no recordaba cómo trabaja, si era por días o por turnos, y que él era el que mantenía y veía por la familia porque ella no trabajaba. Que la relación era pública y que el siempre la llevaba a actos sociales, donde siempre iban los dos juntos, él la presentaba de la misma manera; además iban a la iglesia, cuando

hacían fiestas del pueblo, fechas de navidad. Que al hijo lo matriculaban los dos en el colegio, donde por lo normal iban los dos, la señora Gilma y el causante, así como a las reuniones de padres de familia. Mencionó que se visitaban «*dos, tres veces en la semana o de pronto un fin de semana que nos reuníamos nosotros 4 y compartíamos, asaditos y eso para tener días exactos cuantas veces, en cualquier momento uno le da por ir a visitar a la persona*». Que todas las veces que frecuentó la vivienda estaba el señor Álvaro en la vivienda nunca le pregunto al señor Álvaro Hernández si estaba casado con alguna otra persona, porque tenía claro que si convivían no tenía más nada y en ningún momento cuestionó o preguntó si era unión libre o casados. Que tenía conocimiento de que el causante era quien sufragaba los gastos del hogar «*Porque hay veces que cuando ellos iban a mercar nos convidaban, cuando esa época éramos jóvenes entonces salíamos los 4 con el niño 5 y nos decía para ir a mercar incluso íbamos a mercado dorada cerca de acá*». Respecto a las fechas de navidad y año nuevo indicó que el señor Álvaro asistía «*los 24 o sea la navidad porque el 31 lo iba a compartir con el hijo y le decían que listo entonces compartían el 24*».

MILENA HERNANDEZ MANTILLA, hija del causante y la señora Carmen Mantilla, quien precisó que sus padres nunca se separaron; que su padre era ingeniero de petróleos y viajaba, trabajó una época en Barranca y los últimos años trabajó en Puerto Boyacá, pero recuerda cuanto tiempo, que él viajaba por mucho una semana al mes, era todo lo que él viajaba. Que su padre murió de cáncer en los pulmones, que estuvo hospitalizado un mes en la Clínica Ardila Lulle, a mediados de enero, más o menos como el 16 de enero fue hospitalizado y duró un mes en clínica, ya después se lo llevaron a la casa y ahí estuvo con ellos, pues ella vivía con su papa y su mamá en esa época, aunque se había casado un año antes, vivía con ellos dos, y su esposo. Que no recordada cuando fue pensionado su padre y cuándo el adquirió el derecho a la pensión, continúo realizando viajes a Puerto Boyacá y por los lados de Barranca; que después de pensionado duró viajando un tiempo y ya después era mínimo, ya en los últimos años fue muy poquito lo que viajaba. Que el último viaje de su papá, cree que fue en diciembre de 2003. Agregó que era su papá quien se encargaba de los gastos del hogar y de su mamá, pues ésta trabajaba, siempre se ha dedicado al hogar. Que conoció a la señora Gilma Ciro en la funeraria cuando murió su papa, precisando, a ella la llamaron a decirle que tenía un hermano, diferente a los que se habían criado con ella y que fuera a la parte de afuera a conocerlo, esa fue la noticia, entonces, conoció al niño y después de un rato, con su hermano ella estaba en la parte de afuera y estuvieron hablando con ella. Añadió no saber si su padre tuvo una convivencia con la señora Gilma y

después del sepelio de su padre, siguió teniendo contacto con la señora Gilma y con su hijo Nelson. Porque fueron a conocerlo, no tenían idea de nada, si estaba inscrito en Ecopetrol, si tenía salud, por lo que con su hermano viajaron a profundizar un poco respecto al niño, que estaba muy pequeño en esa época, y mientras tanto poco a poco fueron abonando terreno con su mama porque no tenía ni idea, para hacer los papeles de la pensión y de la parte educativa, que eso fue un poco después de la muerte, entonces quedaron al frente de que él quedara afiliado y con todos los derechos que tenía en su momento; y que nunca le solicitaron a la señora Gilma que no solicitara el reconocimiento de la pensión.

El señor **NELSON HERNANDEZ CIRO,** expuso en su declaración ser hijo del causante y de la señora demandante, precisó que tuvo la calidad de sustituto pensional de su padre a partir del 2005 hasta el 2016, hasta el 28 de mayo porque estaba estudiando, cuando completó la mayoría de edad, pero como era menor de edad la prestación salía a nombre de mi su mamá, de Gilma Aurora Ciro Bustamante, pero apenas cumplió la mayoría edad se exigió que pasara a su nombre. Que, a raíz de la muerte de su papá, se encontraban en Bucaramanga y Álvaro Ernesto Hernández, «*hijo de él, en su momento les quiso colaborar, como para evadir lo de la pensión, para que su mamá no se enterara de mi existencia y no sabemos por qué cambió de opinión y dijo que mejor iba a hacer la gestión de pensión porque prácticamente toda la gestión la hizo fue él por medio de un abogado en Bucaramanga*». Que «*ellos querían era evadir, para que la mamá de Álvaro Ernesto no se enterara de mi existencia, entonces Álvaro a raíz de la repartición de bienes, Álvaro lo que hizo fue colaborarnos por unos meses, pero yo como hijo de Álvaro Ernesto Quintero tenía derecho a la pensión, cosa que él estaba tratando de evadir para que su señora madre no se enterara de la existencia mía pero él cambio de opinión, porque es que él, a mi mama le dijo que se podía demandar más adelante si no cedían lo de la pensión, porque la intención de él, entre comillas, era colaborarnos, que él nos colaboraba, entonces, cuando mi mamá le dijo que más adelante lo podía demandar él se frenó, se asustó y cambio de opinión y él fue el que hizo el trámite en Ecopetrol, la verdad nosotros no hicimos nada, él se encargó de todo eso*». Señaló que su madre solicitó la sustitución pensional a su favor en calidad de compañera permanente del señor Álvaro Hernández, hasta hace poco**,** porque él ya no poseía la pensión. Que para el año 2004 vivía con su papá, su mamá y su *hermanita*, la cual le lleva 7 años y para esa fecha tenía 13 años más o menos y tiene Síndrome de Down y no es hija del finado. Que vivía con su padre en Puerto Boyacá, en la Calle 9 -1 -03, que casi toda la vida vivieron ahí. Que veía a su padre durante 20 días en el mes y el resto, él le

decía que se iba a viajar, pero no sabía a donde; que no tenía conocimiento que tuviera hermanos mayores, ni de otra familia. Que la última vez que vio a su padre, fue en diciembre de 2003 que salió enfermo de la casa, hasta abril de 2004 estuvo en Bucaramanga, en la Clínica Ardila Lulle; aclaró que él venía enfermo desde octubre en Puerto Boyacá, en noviembre hicieron una fiesta, un matrimonio en la casa de Puerto Boyacá y fue donde recayó. Que no lo visitaron porque él no lo permitía, que a pesar que él estaba en la distancia, siempre estaba comunicándose con ellos todos los días, siempre estaba pendiente de ellos desde Bucaramanga a Puerto Boyacá. Mencionó sobre la persona que cuidaba a su padre durante el tiempo que estuvo internado en la Clínica, que *«según la persona que nos colaboraba en ese momento era Guillermo Suarez, y allá iban los hijos y la hija Adriana, es la que más mencionaba Guillermo Suarez que era el intermediario entre mi papá y nosotros»*. Sobre interrogante de porque en una de sus respuestas anteriores manifestó que no tenía conocimiento de que tuviera hermanos mayores y ahora hacía referencia a que sí sabía que sus hermanas mayores eran quienes lo acompañaban en la clínica, respondió que *«con el tiempo yo me enteré, a raíz de la muerte, mi mamá me llevó para que yo me despidiera de mi papá y ahí fue donde yo me enteré que mi papá tenía más hijos y hasta yo me sorprendí porque yo siempre me creía el hijo único de él»*, que eso la supo con el paso del tiempo; reiteró que desconocía la existencia de otra familia, de lo cual se enteró cuando fue al funeral de su padre. Afirmó que nunca supo si sus padres estaban casados, sólo que *«vivían con nosotros, desde que yo tengo uso de razón él vivía con nosotros, yo siempre compartí con él»*. Que, en las fechas de Navidad o año nuevo, su padre compartía «*con la familia de nosotros»*, pero *«No siempre, no todos los año nuevo, pero sí la gran mayoría»*, pero sin saber con quien compartía cuando estaba ausente. Después del fallecimiento de él, conoció los cuatro hermanos por parte de él, sin haber conocido a tíos o abuelos por parte de la familia paterna. Por otro lado, informó que su padre laboraba en la empresa INGESER que en esa época tenía su despacho en Puerto Boyacá, en la vereda Palagua, donde siempre lo veía trabajando, o cual cree que fueron por espacio de 13 años, que él iba y venía por la noche era un turno normal, imaginándose que los 8 días que se iba era porque iba a descansar. Expuso que su padre muchas veces, iba a matricularlo al colegio, iba a pagar las cuentas de la caseta, entre otras, también lo iba a recoger; que su madre dependía economía mente en un 100% de su papá, quien era el que estaba a cargo del hogar, era la cabeza del hogar. Además, la presentaba como la mujer de él, lo cual recuerdo que fue por 13 años, anotando que «*esa relación de mi papá y mi mamá aparte de ser permanente en Puerto Boyacá fue pública, todo el mundo conocía a mi mamá Gilma Aurora Ciro como la esposa de don Álvaro»*, aunado a

que asistían a «*actos culturales, por ejemplo, en la etapa educativa y reuniones en Puerto Boyacá, cualquier reunión social que se presentaba, fiestas del municipio, compartimos mucho con la familia de mi mamá eso sí hicimos demasiado*». Que el día se su bautizo el estuvo presente, «*hicimos una fiesta en el hogar, hay hasta fotos del bautizo, también en la comunión hay hasta documentación fotográfica, o sea, es que yo compartí todo con mi papá, compartimos muchos años*».

MARÍA YOANY CALLE BARRAGÁN, quien dijo conocer a la demandante pro ser su vecina en el barrio centro exactamente en la calle 9 #1-05 de Puerto Boyacá, pero no a la señora Carmen del Socorro Mantilla. Que es vecina de la señora Gilma; que es vecina de la señora Gilma Ciro desde recién que ellos llegaron a vivir a ese sector, cuando el niño tenía como dos años, hace más de más de 20 años. Que conoció al señor Álvaro Hernández por ser el compañero de ella, el esposo de la señora Gilma Aurora, lo cual sabe porque siempre permanecía ahí, «*él era el compañero directo de ella, el niño le decía papá, siempre la refirió como la esposa, la señora, siempre le decía mi hija y siempre eran pareja, siempre nos dimos cuenta que ellos eran pareja*». Anotó que inicialmente llegaron ahí pagando arriendo y después adquirieron la propiedad, tiempo después. Agregó que es la vecina, «*vivo enseguida la señora Gilma y nos entrevistamos en la mañana, cuando estamos barriendo la calle porque madrugamos mucho y porque tenemos que salir a trabajar y aparte de que en las noches es constante*». Que ha tenido la oportunidad de ingresar a la casa esporádicamente. Sobre el fallecimiento del causante, mencionó que la demandante inicialmente le dijo que estaba enfermo pero que no era de gran magnitud, precisando en todo caso, a pesar que son vecinas ella siempre ha sido muy reservada en sus cosas. Pero recordó que falleció en el 2004, entre el promedio del mes de abril. Sobre los gastos del hogar, menciono que «*ella estaba ahí en la casa, se sobreentiende que era el esposo, que era quien veía por ellos, él permanecía ahí, se perdió por tiempos, por ahí unos 8 o 15 días y ella uno le preguntaba: ¿y don Álvaro? -no, salió, está trabajando, salió para a trabajar, lo llamaron de la empresa, pero él siempre iba estaba muy constante*». Que sabe que él trabajaba con las empresas petroleras, pero con exactitud no sabía en cual, pero sabía que era contratista con Ecopetrol y con otras empresas, pero no sabía con exactitud cuál, porque era ingeniero. Agregó que sabía que el causante era el esposo de ella «*pues él siempre la refería como mija, señora, casi siempre era mija, mija tal cosa, y pues él era el que veía por ese hogar, porque ella, no, hay que esperar a que venga Álvaro para hacer tal cosa, porque él es el que nos da la plata, cómo le digo, se sobreentiende porque yo con doña Gilma, nosotras*

fuimos vecinas pero hay cosas que son sólo de la familia y pues eso ya lo manejan muy internamente y la única persona que uno sólo veía entrar era Álvaro, para ella era su pareja y eran familia». Indicó saber que la actora estuvo su funeral, porque la actora le contó, además está a los días hizo una misa, fue a la casa de ella, participó en esa misa. Explicó que la relación de la pareja HERNÁNDEZ-CIRO era pública, pues salían, compartían, salían a comer, que lo veía a él afuera de la casa leyendo el periódico, que veía que salían por la mañana, salía a llevar el niño al colegio, a veces iban los dos, a veces iba él solo, que lo veía cargándole la lonchera, los cuadernos, el bolso pues del niño, se iban en el carro, después entraban, ellos participaban completamente en actos sociales. Sobre la fecha que empezaron la relación, mencionó que cuando ellos llegaron a ese sector, ya eran pareja, ya vivían juntos, pero no sabía hacía cuánto tiempo, pero que a partir de ese momento unos 20 años, hasta cuando él falleció. Relató igualmente que el causante viajaba por unos días cortos, eran unos ocho días, a veces eran dos semanas, 15 días, pero él casi siempre permanecía ahí, precisando que ello era por trabajo, pues cuando pregunta eso era lo que contestaba; y que la señora Gilma tiene una niña en condición de discapacidad, entonces, por ello permanece ahí constante en la casa con sus dos hijos. Anotó que la pareja se reunía con la familia de la señor Gilma, «*hacían reuniones familiares, casi siempre son familiares, ella siempre se reunían en familia, con sus hermanos, con su mamá estaba el señor Álvaro, el día de la primera comunión de Nelson también estuvo ahí, yo lo vi ahí, compartiendo, pues siempre se dimensionó que ellos eran una familia, compartiendo en familia, en reuniones sociales, en reuniones de colegio, en reuniones de familia que salían de paseo, así sucesivamente»*. Mencionó que no sabía de la existencia de otra pareja del causante, porque la relación era de saludos: *«buenos días, buenas tardes, y hablamos, pero el espacio es muy corto»*. Que luego de la muerte del Álvaro Hernández, a la actora le tocó enfrentar la situación y continuar, buscar trabajo y los hermanos de ella que nunca la han abandonado, siempre la han apoyado para todo. Mencionó que sabe que al hijo de la pareja, Nelson, le concedieron un beneficio por ser menor de edad y por estar estudiando, pero no sabe hasta cuando lo tuvo. Agregó que la casa donde vivían primero fue arrendada, pero después la adquirieron por compraventa.

YEIMI GONZALEZ RUA, quien manifestó ser empleada doméstica y haberle trabajado a la actora y además la conoció hace mucho tiempo porque son vecinas. Explicó que entró a trabajar con la pareja Hernández-Ciro en 1996, haciendo todo en su casa, trapeaba, lavaba y hacía de comer; que don Álvaro era el esposo de doña Gilma y vivían en la casa donde ella trabajaba. Manifestó no tener conocimiento de

si a seora Gilma trabajaba o no y que el señor Álvaro siempre permanecía en la casa y que «*él era el que salía con ella y mercaban, ellos salían a comprar la carne, todo lo de la casa, él pagaba los servicios, porque él salía con ella, entonces, él le decía: vamos a ir a mercar, vamos a ir a hacer tal vuelta, vamos a ir a pagar los servicios, así*». Que ella trabajé hasta 1999, luego entró en embarazo, el cual fue de riesgo se salió, entonces, trabajó desde 1996 hasta 1999. Que como al año yo volvió a trabajar con don Álvaro y con doña Gilma, pues ella la buscó, habiendo trabajado hasta el año 2002, después la frecuentaba cada quince días. Que no supo de qué murió el señor Álvaro, pues se enteró después, porque doña Gilma le contó cuando fue a visitarla, como al mes en el año 2004 y que la última vez que vio a don Álvaro fue en el 2003. Que siempre veía a don Álvaro en la casa, pues si él viajaba era muy poco y no se demoraba. Que la pareja procreó un hijo llamado Nelson Hernández, quien tenía de 6-7 años cuando comenzó a trabajar con ellos, además el causante lo traía del colegio, los fines de semana salían a pasear, se iban a visitar la mamá doña Gilma, se iban de paseo, agregando que la relación de la pareja eran permanentes y públicasy que «*el barrio distinguió a don Álvaro como el esposo de Doña Gilma*» y ésta dependía económicamente de don Álvaro. Que la distancia entre el barrio donde ella vive y donde vive la actora es de una cuadra y que ellos siempre estuvieron en la misma casa. Dijo no que no tenía conocimiento de que el señor Álvaro Hernández tuviera una relación diferente a la de la señora Gilma Ciro. Dijo saber sobre el fallecimiento del causante, porque doña Gilma se lo contó, que murió en Bucaramanga y sabe que Ecopetrol reconoció la sustitución pensional al hijo menor de la señora Gilma Ciro, señor Nelson Hernández, porque ella se lo contó. Agregó que para época en que les trabajó iba diariamente a la casa, pero no vivía en ella; que el señor Hernández se ausentaba muy poco, tres o cuatro días. Precisó que, aunque ella no los acompañaba, *«él siempre decía, mija vamos a pagar los servicios y yo le decía: don Álvaro, estos son los servicios que hay que pagar, entonces, él le decía: a mija vamos a pagar los servicios ¿qué hace falta?, yo le decía: don Álvaro hace falta esto, hace falta aquello en la casa y ellos iban juntos y llevaban hasta el niño»*. Que quien le pagaba el salario era «*Don Álvaro directamente*».

ALVARO ERNESTO HERNANDEZ MANTILLA, hijo del causante y de la señora Carmen del Socorro Mantilla, quienes además procrearon tres hijas Martha Liliana Hernández Mantilla, Yanet Patricia Hernández Mantilla y Adriana Milena Hernández Mantilla, las cuales una es mayor que él. Precisó que su padre falleció como consecuencia de un cáncer en los pulmones, en la Clínica Ardila Lulle, en el municipio de Floridablanca-Santander, que hace parte del área metropolitana de

Bucaramanga. Que antes de su fallecimiento a su padre lo hospitalizaron el 16 de enero de 2004, lo cual dijo tener claro porque cumple años el 18 de enero. Que, allí duró como un mes, entre los exámenes y pruebas, cuando le diagnosticaron el cáncer, que de ahí lo llevaron para la casa de su señora madre, con posterioridad, en la Semana Santa en 2004, el viernes santo, lo trasladaron nuevamente a la clínica y falleció el domingo de resurrección. Que su papa a pesar de ser pensionado prestaba servicios a una empresa del sector de hidrocarburos en ISMOCOL, por lo que se trasladaba a Puerto Boyacá, *«era lo que decía, no me consta, porque nunca viaje con él, pero era lo que decía, viajaba una semana por mucho al mes»*. Aclaró su padre «*se pensionó en el año 1985 y él empezó en Puerto Boyacá a prestar servicios más o menos en el 87, en esa época, […] él sí se podía quedar unos 15 días allá y venía 15, estábamos hablando que todavía estaba un poco más joven, los últimos años de papá no debemos olvidar que ya era una persona de la tercera edad, y él se trasladaba en su vehículo hasta Puerto Boyacá»*. De modo que en ese último tiempo no permanecía esos 15 días y sólo iba a Puerto Boyacá una vez al mes, una semana al mes por mucho, de resto lo pasaba en Bucaramanga. Pese a lo anterior, indicó que no sabía dónde se quedaba a pernoctar en dicho municipio, pero entendía que los primeros años se quedaba en unas residencias, que se llamaban el Rosario o el Rosal, sin tener idea de los últimos años; además no sabía con exactitud cuál era la actividad que cumplía su padre, pues se imaginaba que era asesor en su profesión de ingeniero de petróleos y también entendía que esas actividades las realizaban en la ciudad de Puerto Boyacá, que era lo que él les decía. Expuso respecto de la relación de sus padres, que ellos se llevaban muy bien, eran muy unidos y nunca se separaron. Que se enteró que su padre tuvo otro hijo el día del velorio, pues «*en horas de la noche llegó una señora con un muchacho y con otro señor»*, siendo la señora Gilma Aurora, la hoy demandante. Que lo anterior lo sorprendió dado que era muy unido con su padre, pues tampoco sabía del apoyo económico para la demandante y su hijo, lo cual supo el día del velorio y de ahí en adelante «*que hablamos con la señora en varias oportunidades, nosotros fuimos al pueblo […] unos 15 o 20 días después de la muerte de papá, Eliana Rueda la que era mi esposa, Alexander Tapias y yo, hicimos ese primer viaje, me acuerdo perfectamente que como no conocíamos mucho ese sector, el pueblo, a la entrada del pueblo estaba el muchacho esperándonos en un negocio y ahí lo recogimos y llegamos a la casa»*. Expuso que su padre no tenía propiedades, casa o negocios, en ese municipio. Que al menor Nelson le fue reconocida la sustitución pensional por parte de Ecopetrol, precisando que la madre les contó la situación del niño, que su papá velaba por él; que él le ayudó con trámite de la pensión y que su mamá no sabía, que eso para ella fue traumático, pues fue una señora que entregó la vida mi

papá, su fidelidad. Que mientras se le reconoció la pensión al menor, se comprometió de manera amigable a consignarles de su dinero una mensualidad hasta que se resolviera todo, y así concertaron incluso lo relacionado con la sucesión y hasta el momento que no se le dio la pensión al muchacho, o sea, que ya empezó a recibir dinero él dejó de consignarle y que él «*recibió la pensión hasta que cumplió casi los 26 años, la ley dice que hasta los 25,pero debería decir 26 menos un día*». Que no le consta ni tenía conocimiento si la señora Gilma y el señor Álvaro sostenían una relación sentimental mientras él estuvo en vida, pues ese tema no fue de conversación, que «*cuando nosotros fuimos allá, claramente nos dijo, Eliana Rueda y Alexander Tapia están de testigos, sabía que su papa era casado, sabía hasta los nombres de nosotros, nunca hablo de eso y lo que me dijo es una ayuda para la educación del muchacho, el tema de la pensión fue insistencia mía y dijo que ella era comerciante*». Mencionó que, con posterioridad no tuvo contacto con la señora demandante, salvo una vez que llamó a incomodar a su esposa para la época, Eliana Rueda; que, con el muchacho, es decir su hermano, si habló como hasta 2012-2013; que entiende que su hermana Adriana se comunicaba con ella de vez en cuando. Respecto a la forma como se enteró la señora Gilma del fallecimiento de su padre, refirió que creía saber que fue por intermedio de un amigo de su padre del pueblo, pero no recordó los nombres, pero que él le avisó sobre la muerte de su padre como consecuencia de un cáncer y que él lo había ido a visitar, entendiendo que él era el intermediario de ellos.

ELIANA RUEDA SALAMANCA, quien declaró conocer a la señora Gilma Ciro cuando murió don Álvaro Hernández, cuando se presentó en la funeraria con su hijo, junto con una persona de la familia, siendo ella quien la recibió. Sostuvo que conoce a la señora Carmen del Socorro Mantilla, pues estuvo casada con Álvaro Hernández más de 18 años y de esa relación tienen dos hijos, entonces, ella en su momento fue mi suegra y hoy en día es la abuela de sus hijos. Aclaró que conoció a la demandante el día de la muerte de don Álvaro, cuando él estaba en la funeraria, cuando llegó la demandante ellos la abordaron con otro cuñado, el esposo de otra hermana y ella les dijo que el chico con el que iba era hijo de don Álvaro y que ella lo único que quería era que él se despidiera del papá; situación que fue sorprendente porque no sabían nada, ni la señora Carmen. Que posteriormente, ella, su esposo y otro cuñado de nombre Alexander Tapias, viajaron a Puerto Boyacá a la casa de la señora, quien desconocía muchas cosas de don Álvaro; que ella siempre decía, que lo único que quería era que Álvaro le ayudará al niño para que él pudiera estudiar, siempre habló de que ella sabía que don Álvaro era casado, que él tenía una familia en Bucaramanga. Expresó respecto de la pensión, que el

señor Álvaro le consignaba a ella, pues habían acordado, que mientras salía el tema de la pensión, Álvaro le consignaba dinero que era de ellos, mientras se hacían los trámites de la pensión. Recordó que el señor Álvaro cuándo estaba vivo, viajaba con frecuencia a Puerto Boyacá porque él trabajaba allá, era ingeniero de petróleos a pesar de estar pensionado por Ecopetrol, que los viajes consistían en máximo dos días, sobre todo últimamente que estuvo mucho tiempo en Bucaramanga, agregando que ellos compartían muchísimo con él y con la señora Carmen, de quien nunca se separó. Insistió en que cuando visitaron a la señora Gilma, ella les comentó que ella sabía cuál era la familia de don Álvaro, inclusive que algo a ella se le comentó el día del velorio de cómo había muerto don Álvaro porque ella no sabía cómo murió don Álvaro, que ese día ya también se le comentó como más el detalle de la muerte de don Álvaro, cuando estuvo hospitalizado, todo eso, porque realmente ella nunca supo, no sabía siquiera de qué había muerto don Álvaro. Que la persona que estuvo acompañando a don Álvaro todo su proceso de enfermedad fue la señora Carmen, o sea, cuando don Álvaro estaba hospitalizado, la señora Carmen estaba con él todo el tiempo y especialmente en las noches, pues don Álvaro no dejaba que las hijas se quedaran con él, que no dejaba o le daba pena que las enfermeras lo bañaran, que Carmencita la que tenía que bañarlo, que las hijas le decían que dejara ir a su mamá a la casa al menos para que se bañara y para que descansara un rato, entonces, en la mañana se hacían los turnos para que doña Carmen fuera, se cambiara y ella ya volvía, pero que la señora Gilma nunca. Mencionó que para del año 2000 al año 2004 el señor Álvaro viajaba fuera de la ciudad de Bucaramanga a Puerto Boyacá, por temas de trabajo, pero que cada vez viajaba menos y demoraba menos.

De igual modo resulta importante traer a colación los interrogatorios de parte rendido, en primer lugar, de la señora GILMA AURORA CIRO BUSTAMANTE, quien reiteró ser la compañera permanente del causante y que no conoce a la señora Carmen Mantilla Hernández. Que el señor Álvaro Hernández Quintero falleció el 11 de abril del 2004, en el hospital Ardila Lulle de Bucaramanga, mientras ella se encontraba en Puerto Boyacá, fue decisión de él, pues los llamó, dijo que todo estaba bien que iba a estar bien, que esperar y en estos 8 días fue que falleció, pero que él los llamaba todos los días en la mañana, a medio día. Agregó que él viajo porque se encontró enfermo y ahí mismo las cosas se complicaron, que era una pequeña cirugía, que no era mayor, para que no se movieran y que ella tenía un hijo con él menor de edad en ese entonces y estaba estudiando, pero fue decisión de él, pues era algo muy sencillo, fue lo que el manifestó y que ella le creyó. Que su hija Adriana que estaba desocupada lo iba a atender y lo iba a ayudar y fue

por requerimiento de él que no se movió de Puerto Boyacá, donde ellos vivían en la calle 9 #1 03, aunque previamente habían vivido en varias partes, pero esa fue la última residencia. Que no conocía a las hijas del señor, que, cuando lo conoció él tenía hijos menores de edad estudiando y los nombraba y cuando lo requerían el bajaba, que cuando su hija Adriana se accidentó, era menor de edad y él viajó a ver a su hija, así, cuando ella conoció al causante sus hijos estaban casi todos estudiando, pero que no los conoció nunca. Mencionó que se enteró por estos medios y cuando él murió que la esposa del causante se llamaba Carmen, pero que nunca escuchó hablar de ella. Aseguró haber vivido con el señor Álvaro aproximadamente 17 años, que se conocieron en el 87 cuando él trabajaba para Ecopetrol, pero contratado por una empresa que se llamaba *Ingesel* de Colombia, estaba trabajando en puerto Boyacá en un campo de Ecopetrol, cuando eso se conocimos y el ahí trabajo algunos años y cuando *Ingesel* de Colombia se retiró, él se quedó y ya tenían a Nelson Hernández Ciro, quien tenía aproximadamente 5 años él se quedó y no trabajó más. Que la última vez que compartió con el señor Álvaro Hernández previo al fallecimiento, fue en diciembre de 2003 cuando viajó para el chequeo médico y luego en enero se vieron, luego la cirugía, pero fue decisión de él, que él llamaba todos los días por la mañana por la tarde y le consignó hasta el último momento porque era él quien mantenía la casa; luego se enteró que era un problema pulmonar grave después de que murió, pero él siempre estuvo diciendo que no era nada grave que iba a estar bien, que estaba mejor y que así transcurrieron los últimos 3 meses. Indicó que el señor Hernández Quintero al momento del fallecimiento, vivía en Puerto Boyacá, pero al momento de morir fue en el hospital de Bucaramanga en el Ardila Lulle. Refirió que él no viajaba constantemente a Bucaramanga, que inicialmente cuando sus hijos lo requerían, cuando sus hijas se casaron o se graduaron, él viajaba, después viajaba poco. Que él tenía una acción en Ismocol en la ciudad de Bucaramanga y cuando viaja siempre era para reuniones allá, cosas de socios, de accionistas; además tenía una firma con su hijo Álvaro Ernesto Hernández que se llamaba ALMAR, que contrataban para Ecopetrol y también a veces requería, acompañaba a su hijo a hacer ciertos trabajos de campo, porque él la llamaba y le decía que estaba con su hijo Álvaro, acompañándolo en un trabajo. Que los hijos del señor Álvaro no lo visitaban en su casa en puerto Boyacá. No supo explicar porque la dirección consignada por el señor Álvaro Hernández a fecha 7 de enero del 2004 en el certificado de supervivencia presentado a Ecopetrol fuera la carrera 28 #55 31 en la ciudad de Bucaramanga – Santander y no puerto Boyacá. Atinó a decir que, hacia 3 meses antes de su fallecimiento que no lo veía, pero que los llamaba todos los días, a ella y a su hijo Nelson, anotando que siempre fue muy abierto, siempre estuvo con ellos,

permaneció en la casa siempre cuando ya no trabajaba y por ello no había motivo para dudar. Que no lo fue a visitar a Bucaramanga en esos 3 meses. Que se enteró del fallecimiento del señor Álvaro porque el hijo del causante, le avisó a un amigo común de ellos, quien lo visitaba y este as u vez le avisó a ella. Entonces viajaron y fueron al velorio y al entierro. Que los gastos del entierro estuvieron a cargo de su hijo, quien la recibió de muy buena manera y les dijo que él se encargaba de todo, que el pagaba y así sucedió. Que en el sepelio ella no conocía a nadie, ese día conoció al hijo Álvaro Ernesto y a su esposa que fue quien los recibió. Que su hijo Nelson tenía 14 años de edad y no sabía ni conocía a sus hermanos, ni sabía que tenía hermanos, pues había sido decisión del papa que todavía no le iba a contar, le iba a contar cuando saliera del bachillerato. Que después de eso mantuvo comunicación por un tiempo con el Álvaro y Adriana, hijos del causante, quienes los visitaron y trataron el tema de la sucesión, además se le habló de su mama, que ella no tenía conocimiento de eso… que no se hizo reconocimiento ante Ecopetrol como hijo menor, pero que él mandaba una cantidad de dinero para sostenerlos, ella aceptó pensando que si se iban a hacer cargo de su hijo Nelson no iba a haber ningún problema. Que los sostuvo de mayo hasta diciembre del 2004 y ya en enero él les dijo que había que hacerle el reconocimiento como hijo menor y comenzó a hacer los papeles, el hizo todas las gestiones, ella solo firmaba donde él le decía que firmara y listo, de modo que él hizo todas las gestiones del reconocimiento pensional de el menor Nelson como hijo menor, pero después comenzaron a recibir la pensión, el 50% se olvidaron del menor. Que no solicitó el reconocimiento pensional en su favor al momento del fallecimiento del señor Álvaro Hernández, porque ellos se lo pidieron, el hijo mayor de Álvaro y Adriana que en ese entonces a los 15 días de haber sepultado al papa ellos fueron a su casa en puerto Boyacá, a visitarlos y le hicieron la petición de que tuviera compasión de la mamá, por lo que, viendo que eran los hijos del causante, que eran los hermanos de Nelson no estudió hacer cualquier demanda que los afectara a ellos y se resignó a recibir lo que ellos daban. Agregó que no tuvo conocimiento de la publicación de Ecopetrol respecto a presentarse a reclamar el derecho pensional, que el trámite para reclamar la pensión de su hijo la efectuó su hermano mayor Álvaro Ernesto. Manifestó que en los 17 años que convivió con el en causante en Puerto Boyacá, este siempre habló de sus hijos, pero dijo que no tenía esposa, que él era solo, que no vivía con ella, pero que tenía sus hijos. Mencionó que él era un hombre ya de cierta edad, tenía hijos estudiando en ese entonces, a lo que nunca negó y siempre la hizo partícipe de ellos, cuando tuvieron problemas se lo comentó, cuando su hija se accidentó, también le dijo, cuando Álvaro se graduó, cuando Martha se fue a estudiar a Bogotá, todos sus hijos él nunca los negó siempre hablé de ellos y cuando ellos lo

requirieron, presentaron algún inconveniente grave el viajó a solucionarlo pero nunca le dijo que tenía señora, siempre le dijo que era solo, que nunca se escondió, siempre salían junto. Mencionó que cuándo lo conoció en el año 1987 en una reunión de una amiga en un cumpleaños; que él vivía en una residencia que se llama el Rosario por la calle 2 con 9 y de ahí se trasladó para su vivienda en septiembre de 1987. Que él era pensionado de Ecopetrol, pero la fecha no la recordaba, pero que cuando lo conocí ya estaba pensionado. Precisó que el causante le decía que había una casa en Bucaramanga donde vivían sus hijos que estaban estudiando, pero nunca que fuera su casa o que fuera el sitio de su vivienda, que era la casa de sus hijos.

Por su parte, la señora CARMEN DEL SOCORRO MANTILLA rindió declaración de parte, donde precisó que se casó con el señor Álvaro Hernández en el año 1962, con quien procreó 4 hijos. Habiendo nacido el menor de sus hijos en el año 1972. Que vivió toda la vida con el causante, desde que se casó hasta que se murió en sus brazos; que nunca se separaron, ni se divorciaron; que él siempre estuvo pendiente de ellos, de sus nietos y de todo pendiente. Que él era ingeniero de petróleos y no recuerda en que año se pensionó; que el estaba trabajando en Puerto Boyacá, a donde iba como una semana, pasaba por allá y regresaba cada mes. Que no conocía a la señora Gilma Ciro, ni al «*muchacho tampoco, eso fue una sorpresa muy grande para mí*». Que el señor Álvaro murió de cáncer en el hospital Ardila Lulle en Bucaramanga, donde estuvo hospitalizado, primero un mes, después lo sacaron y después se agravó en semana santa, para el jueves santo lo volvieron a hospitalizar y falleció el domingo. Que previo a ello, de pronto que le *cayó* una tos, y le dio una neumonía y después de la neumonía se le declaró cáncer en el pulmón. Que sabe que la señora Gilma se presentó antes del entierro, lo cual supo a los dos meses que esa señora existía, quien está diciendo que ella vivía con él permanente. Que supo de ella porque sus hijos le contaron, que se presentó al sepelio, al entierro, lo cual fue muy triste para ella. Que mientras vivía con el señor Álvaro no se ausentó de la casa, que «*los 31 eran sagrados con nosotros*» y los 24 también «*porque sus hijos nietos y todo nos reuníamos aquí*».

Dilucidado lo anterior, para la Sala del acervo probatorio antes mencionado y con apego a las reglas de la sana crítica, se encuentra plenamente acreditado en el plenario que la señora GILMA AURORA CIRO BUSTAMANTE, sí convivió con el causante en los términos legales y jurisprudenciales antes explicados, esto es, no sólo por espacio de un año inmediatamente anterior al momento en que falleció, sino por lo menos desde el año 1996. En efecto, la prueba testimonial en armonía

con las declaraciones extra proceso, permiten concluir que la pareja convivió al menos desde el año 1996 hasta el 11 de abril de 2004, en virtud de la cual procrearon un hijo, no siendo un dato menor que esta contara con apenas 14 años al momento de su fallecimiento, advirtiendo la Sala que a dichas versiones, las que dan cuenta de la convivencia, se les otorga credibilidad al ser contestes, coherentes y espontáneas, además, respondieron las preguntas en términos generales de manera clara en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre la convivencia, de modo que son idóneas y resultan convincentes frente a los hechos que depusieron y permiten concluir entonces, que la convivencia como compañeros permanentes se suscitó con un compromiso de vida real y con vocación de continuidad, pues la pareja no se separó sino hasta la muerte del pensionado; ello sumado a que la credibilidad que se advierte de esas declaraciones deviene de la cercanía y familiaridad de los testigos con la pareja, pues se trata de unos vecinos del mismo barrio de una pequeña población, amigos cercanos a la familia, a quienes les consta directamente lo afirmado en el proceso, sin que se evidencien contradicciones o yerros de bulto que conlleven a desechar de plano sus dichos, pues se insiste, no observa la sala parcialidad en favor de los intereses de la aquí interesada.

En efecto, de los mismos dichos de los hijos del causante, tanto el procreado con la demandante como los de la cónyuge, se puede verificar que el causante sí convivió con la accionante y si bien no quedó claro desde cuando específicamente, lo cierto es que uno de los testigos, pudo indicar que laboró al servicio de la pareja para el año 1996, y de los demás testigos bien puede establecerse que sí convivió hasta la fecha de su fallecimiento. Nótese que todos y cada uno de los testigos de descargos, hijos y familiares de la cónyuge, así como ella misma, fueron contestes en manifestar que ciertamente el causante posterior a ser pensionado continuó viajando al municipio de Puerto Boyacá, los primeros años permaneciendo tiempo considerable y en los últimos años iba por lo menos una semana al mes, lo cual descarta de plano que por ese lapso sólo fuese a cumplir con su deber de padre para con el menor Nelson Hernández Ciro. De ello lo que se extrae no es otra cosa que una convivencia simultánea de cara a lo precisado por los testigos de cargo, quienes fueron coincidentes en manifestar la convivencia con la compañera permanente Gilma Ciro.

Resulta por demás coincidente que tanto los testigos y declaraciones de parte, indiquen que el causante viajó prácticamente hasta último momento a Puerto Boyacá, por lo menos hasta diciembre del año 2003, momento para el cual se

separó definitivamente de la demandante; empero ello no significa que deba desecharse o tenerse por coartada la convivencia en el último año de vida como lo exige la normativa aplicable al caso, puesto que, como lo ha enseñado de antaño la jurisprudencia laboral, los desacuerdos o disgustos transitorios de la pareja, o la no cohabitación por motivos de fuerza mayor no suponen una ruptura de la convivencia, así se reiteró, verbigracia en la sentencia CSJ SL1399-2018, que recordó lo dicho en el fallo SL3202-2015, adoctrinando «*que en la familia, como componente fundamental de la sociedad, pueden presentarse circunstancias o vicisitudes que de ningún modo pueden tener consecuencias en el mundo de lo jurídico, como cuando desacuerdos propios de la pareja conllevan a que transitoriamente no compartan el mismo techo, pero se mantengan, de manera patente, otros aspectos que indiquen que, inequívocamente no les interesa acabar con la relación, es decir, que el vínculo permanece. En similar sentido, la jurisprudencia laboral ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares,* ***lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio***» (resaltado ajeno al texto original).

Así las cosas, es claro que la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen pero que no den a entender que el concepto de familia, del vínculo matrimonial o de hecho haya finalizado definitivamente, tal como estima la Sala, ocurrió en la presente causa, tanto del lado de la cónyuge, como de la compañera permanente, donde el causante permanecía gran parte del mes en la ciudad de Bucaramanga y por lo menos en el último tiempo, una semana al mes, en Puerto Boyacá con la familia allí conformada.

De ahí que deba confirmarse la sentencia de primera instancia, pero por los precisos argumentos hasta aquí expuestos; debiéndose precisarle a la entidad recurrente que por el hecho que la actora en un primer momento no haya solicitado la prestación para sí misma, sino en calidad representante del hijo del causante,

esto es, no como compañera permanente del pensionado, ello por sí sólo no es óbice para que el potencial beneficiario en otro momento lo haga, en la medida que la pensión por sobrevivencia trata de un derecho de carácter irrenunciable el cual puede ser pedido en cualquier tiempo, de modo que el hecho que aunque en aquella oportunidad, la hoy demandante no haya solicitado la pensión de sobrevivientes en su favor, tal vez por desconocimiento de su eventual derecho creyendo que sólo le correspondía a su hijo, se itera, no obsta para su aspiración posterior, siempre y cuando demuestre los requisitos que en calidad de beneficiaria exige la normativa vigente, como en efecto ocurrió a juicio de esta Sala.

Ahora bien, con relación a la fecha de causación, esta debe ser a la muerte del pensionado, esto al 11 abril de 2004 y respecto al monto, debe recordarse que en caso de convivencia efectiva y simultánea de la compañera permanente y cónyuge, con el causante para la fecha del deceso, para efectos de la sustitución pensional, tal como se indicó por parte de la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL, 3 jun. 2004, rad. 21474, en un proceso en contra de la aquí demandada, donde se concluyó que, existiendo dos compañeras permanentes, con convivencia simultánea con el causante, la sustitución pensional debía reconocerse a ambas, en igual proporción, y como sucede en este asunto, debe ocurrir igual con la cónyuge y la compañera permanente.

De este modo considera la Sala que debe compartirse la prestación en un 50% para la cónyuge y otro 50% para la compañera permanente; siendo claro que inicialmente la prestación se dividía en términos reales en un 25% para cónyuge y compañera el restante 50% en favor del hijo menor sobreviviente, una vez este cumplió la edad de 25 años mientras siguió estudiando, la misma acrecienta tales valores en partes iguales. Sin embargo, se evidencia en el expediente que a este se le pagó la pensión hasta el la edad de 26 años de edad, esto es, hasta el mes de mayo de 2016, tal como se deduce de la comunicación obrante a folio 177, donde se le informa a señora CARMEN MANTILLA que se le acrecentará la pensión a partir del mes de junio de 2016; aunado a ello, que el mismo beneficiario en la declaración aquí rendida admitió que el pago se le efectuó hasta el mes de mayo de 2016. De este modo considera la Sala que la mesada debe acrecentarse a partir del mes de junio de 2016 en un 50% para cada una, por lo que se modificará la decisión en lo pertinente.

Ahora bien como se declaró probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 18 de septiembre de 2015, esto es tres años

anteriores a la presentación de la demanda sin tener en cuenta la reclamación administrativa efectuada, debe confirmarse la misma al no haber sido objeto de alzada, pese a que la Sala no está de acuerdo con tal decisión.

En ese orden de ideas, la accionada deberá pagar a la demandante Gilma Aurora el 25% de la mesada pensional de manera retroactiva entre el 18 de septiembre de 2015 y el 31 de mayo de 2016. A partir del mes de junio de 2016 el 50% de la mesada compartida en el mismo porcentaje con la señora CARMEN MANTILLA. Precisando la Sala que ante la reclamación efectuada por la señora Gilma Aurora Ciro, ECOPETROL ha debido dejar en suspenso al menos ese porcentaje (50%), mientras la justicia ordinaria dirimía tal controversia, de tal modo que se ordenará que del porcentaje que percibe la señora Mantilla se le descuente mensualmente un 50% hasta completar el retroactivo a que tiene derecho la señora Gilma Aurora Ciro en los términos atrás explicados.

De acuerdo con las anteriores consideraciones se deberá modificar la sentencia objeto de revisión por parte de esta sala de decisión, en los términos antes indicados.

Así decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: **MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que el 50% de la mesada pensional a favor del joven NELSON HERNÁNDEZ CIRO expiró el 31 demayo de 2016, según las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que tanto a la compañera permanente como a la cónyuge, les corresponde el 25% de la mesada pensional que en vida disfrutó el causante, desde el 11 de abril de 2004 hasta el 31 de mayo de 2016 y

partir del mes de junio de 2016 se incrementa en ambos caso en un 50%, según las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

TERCERO: AUTORIZAR A ECOPETROL descontar del valor de la mesada correspondiente a la señora **CARMEN DEL SOCORRO MANTILLA DE HERNANDEZ** el 50% hasta completar el monto del retroactivo correspondiente a la señora **GILMA AURORA CIRO BUSTAMANTE**.

CUARTO: Confirmar la decisión en todo lo demás.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

Surtido el trámite en esta instancia en oportunidad devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por LUIS ROBERTO SOTO RODRIGUEZ contra EUCLIDES MACHADO TELLEZ Y OTROS. Rad. 110013105-008-2018-00298-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de los accionados EUCLIDES MACHADO TALLEZ y CATALINA PULIDO RODRIGUEZ contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de mayo de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **LUIS ROBERTO SOTO RODRIGUEZ** instauró demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare la existencia de un contrato de trabajo con los señores EUCLIDES MACHADO TELLEZ y CATALINA PULIDO RODRIGUEZ, desde el 14 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2016, en consecuencia, se condene solidariamente al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones. Igualmente, se condene a los empleadores al pago de la sanción por no haber consignado las cesantías a un fondo, junto con la indemnización moratoria y los aportes a pensión. De otro lado, se declare que sufrió un accidente de origen laboral el 09 de agosto de 2016, por tanto, se condene a la ARL POSITIVA a reconocer y pagar la indemnización de que trata la Ley 776 de 2002, liquidada bajo los criterios establecidos en el Decreto 2644 de 1994.

Asimismo, que se condene a los demandados a lo Ultra y Extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que los señores EUCLIDES MACHADO TELLEZ y CATALINA PULIDO RODRIGUEZ son propietarios de una empresa dedicada a manufacturas en aluminio, la cual fue dividida en dos establecimientos de comercio, Aluminios Brayner e Industrias Dylan, el primero de propiedad del Señor Machado y el segundo de la señora Pulido. Expuso que laboró para los demandados mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desde enero de 2012 hasta diciembre de 2013, momento en el que finalizó por mutuo acuerdo y se liquidaron las prestaciones sociales debidamente. Manifestó que el 14 de enero de 2014 inició una relación laboral con el señor Machado y la señora Pulido, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, devengando un salario de $1.200.000 pesos mensuales pagados en efectivo, desempeñando el cargo de operador de maquina troqueladora bajo las instrucciones impartidas por los Señores EUCLIDES MACHADO y JERSON ACUÑA como jefe de planta de la empresa. Señaló que su labor estaba relacionada con el giro ordinario de la explotación comercial de los establecimientos comerciales Aluminios Brayner e Industrias Dylan, aunado a que cumplía un horario de trabajo de lunes a viernes de 08:00 am a 17:00 pm y los sábados desde las 8:00 am hasta las 14:00 pm. Aseguró que el contrato laboral fue finalizado por mutuo acuerdo el 31 de diciembre de 2016, no obstante, aseveró que, durante la vigencia del vínculo laboral, sus empleadores no lo afiliaron al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, salud o riesgos laborales. Afirmó que durante la vigencia de la relación laboral no recibió el pago de las primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones. De otro lado, explicó que el 09 de agosto de 2016 sufrió un accidente mientras operaba la máquina troqueladora, causándole la amputación de la falange distal del segundo dedo de la mano derecha, sin embargo, al no estar afiliado al Sistema de Seguridad Social en riesgos laborales, los empleadores no reportaron tal suceso a la ARL POSITIVA, donde estaban afiliados los trabajadores de la empresa. Indicó que el día del accidente fue atendido en la Subred Integrada de Salud Sur de Occidente, sin ser valorado por la ARL POSITIVA para determinar la pérdida de capacidad laboral causada por la amputación de la falange distal y por ende, no recibió indemnización alguna por tal hecho. Agregó que luego del accidente, fue obligado por sus empleadores a efectuar su afiliación a seguridad social en salud, riesgos laborales y caja de compensación como independiente, por lo que pagó lo correspondiente el día 05 de septiembre de 2016 a la entidad Asesorías y Seguros Temporal (Fls. 3 a 14).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La señora **CATALINA PULIDO RODRIGUEZ,** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que el demandante prestó sus servicios desde el 12 de enero hasta el 15 de diciembre de 2016, por medio de un contrato de prestación de servicios, sin ningún tipo de subordinación, el cual fue finalizado por expiración del plazo pactado. Aseveró que el demandante desarrolló su labor de manera personal, autónoma e independiente, sin recibir órdenes y pactándose como honorarios la suma de $689.455. Explicó que no afilió ni pagó aportes a seguridad social al actor, toda vez que en el contrato de prestación de servicios se pactó que aquel sería el encargado de afiliarse y realizar el pago al Sistema de Seguridad en salud, pensión y riesgos laborales. Arguyó que el accidente sufrido por el demandante fue causado por un acto imprudente de su parte, aunado a que, no es procedente declarar la existencia de culpa patronal porque la relación con aquel estuvo enmarcada en los términos de un contrato de prestación de servicios. Agregó que no tiene la obligación de pagar prestaciones sociales o aportes a seguridad social porque no existió una relación laboral. Señaló que no es dable afirmar que existe solidaridad con el Señor EUCLIDES MACHADO, dado que aquel tiene un establecimiento de comercio independiente, en el que el demandante prestó sus servicios en un espacio temporal diferente. Formuló como excepciones de fondo las de «cobro de lo no debido», «manifiesta mala fe del demandante», «prescripción de los derechos laborales», «carencia de justa causa y título para pedir», «inexistencia de derecho legamente protegible» y «genérica» (Fls. 64 a 80).

El señor **EUCLIDES MACHADO TÉLLEZ,** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que cada establecimiento de comercio contaba con independencia administrativa y financiera, más aún cuando el denominado Industrias Dylan fue liquidado. Manifestó que el demandante prestó sus servicios desde el 05 de enero al 15 de diciembre de 2015, con independencia, sin subordinación alguna, ni contrato de trabajo, bajo un contrato de prestación de servicios finalizado por la expiración del plazo pactado. Mencionó que el señor Jerson Acuña, no prestó sus servicios en el establecimiento de comercio como jefe de planta. Aseveró que el valor de los honorarios pagados al demandante dependía del golpe o pieza troquelada que aquel realizara de manera independiente y autónoma. Arguyó que no efectuó el pago de aportes a seguridad social a favor del accionante, dado que en el contrato de prestación de servicios se pactó que aquel asumiría esa carga por ser él el contratista. Añadió que no tiene la obligación de pagar prestaciones sociales o aportes a seguridad social del

demandante, en tanto no existió una relación laboral. Explicó que no es dable declarar una existencia de un accidente de trabajo porque para esa data el demandante ya no estaba vinculado a su establecimiento de comercio. Afirmó que no es dable declarar la existencia de solidaridad con la señora CATALINA PULIDO, por cuanto los establecimientos de comercio eran diferentes e independientes, más aún cuando el actor prestó sus servicios en tiempos distintos. Formuló como excepciones de fondo las de «cobro de lo no debido», «manifiesta mala fe del demandante», «prescripción de los derechos laborales», «carencia de justa causa y título para pedir», «inexistencia de derecho legamente protegible» y «genérica» (Fls. 87 a 101).

La accionada **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que el accidente sufrido por el demandante ocurrió cuando no tenía cobertura de riesgos laborales, en consecuencia, corresponde al empleador asumir la responsabilidad por no haber afiliado al trabajador de manera oportuna. Esgrimió que el demandante confesó que no estaba afiliado a riesgos laborales para el momento del accidente, por lo que no era su obligación valorar o brindar tratamiento al mismo. Agregó que ha cumplido con sus deberes legales y ha actuado de buena fe, de allí que no procede condena alguna en su contra. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «taxatividad de las prestaciones a cargo del subsistema de seguridad social en riesgos laborales», «culpa del empleador», «inexistencia del vínculo legal o contractual», «enriquecimiento sin justa causa», «buena fe» y «excepción genérica o innominada». Como excepción previa propuso la de falta de competencia por no haberse hecho la reclamación administrativa (Fls. 116 a 122).

En desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 23 de septiembre de 2019, se *declaró probada la excepción previa de falta de competencia y jurisdicción* respecto de la demandada POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., en consecuencia, se declaró terminado el proceso respecto de esta entidad (fl. 127).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 27 de mayo de 2021, declaró que entre el demandante y los accionados EUCLIDES MACHADO TELLEZ y CATALINA PULIDO RODRÍGUEZ existió un contrato de trabajo desde el 14 de enero de 2014 hasta el 15 de diciembre de 2016,

desempeñando el cargo de operario de máquina troqueladora y devengando un salario mensual de $2.000.000 pesos. Igualmente, declaró que el 09 de agosto de 2016, el accionante sufrió un accidente de trabajo durante la prestación personal del servicio a favor del señor MACHADO y la señora PULIDO. En consecuencia, condenó a los empleadores al pago de cesantías ($5.900.000), intereses a las cesantías ($708.000), primas de servicio ($5.900.000), vacaciones ($2.950.000), sanción por no consignación a un fondo de cesantías ($44.333.333), por concepto de sanción moratoria la suma de $66.666 diarios a partir del 16 de diciembre de 2016 y hasta por 24 meses o hasta cuando se verifique el pago y a partir del mes 25 el pago de intereses moratorios; condenó igualmente al pago por concepto de aportes a seguridad social en pensiones por el tiempo laborado conforme al salario de $2.000.000 con destino al fondo de pensiones que el demandante escoja y de acuerdo al cálculo actuarial que la administradora de pensiones determine; finalmente la indemnización por incapacidad permanente parcial en la suma $4.200.000.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que conforme con el artículo 53 de la Constitución Política, prima la realidad sobre la apariencia formal, de tal suerte es la forma en la que se ejecuta la prestación, lo que determina la existencia de una relación laboral, precisando que ello va de la mano de la presunción legal contenida en el artículo 24 del CST, norma que ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sala Laboral de Casación de la CSJ, quien ha señalado que en cuanto se prueba la prestación personal del servicio se presume la existencia de un contrato de trabajo, por lo que corresponde al empleador derruir tal presunción. En ese orden, señaló que se acreditó la prestación personal del servicio por parte del actor a favor de los demandados, pues así fue declarado por aquellos en sus interrogatorios, lo cual fue corroborado con la certificación expedida por la señora PULIDO y los contratos de prestación de servicios celebrados por las partes. Arguyó que el demandante quedó cobijado por la presunción legal, encontrando que la pasiva no desvirtuó tal presunción, dado que, sólo allegó el certificado de cancelación de matrícula de persona natural de la señora PULIDO y las copias de las planillas de pago de seguridad social del actor como independiente durante enero de 2016 y febrero de 201. De allí, aseveró que los accionados no demostraron que el demandante desempeñó con independencia sus funciones, sin recibir órdenes o cumplir un horario de trabajo, contrario sensu, se acreditó que aquel desempeñó el cargo de operario de maquina troqueladora, en los establecimientos de comercio denominados *Industrias Dylan* y *Aluminios Brayner*, propiedad de los demandados, así como que prestaba sus servicios de forma personal, continua e ininterrumpida, recibiendo ordenes de aquellos y del

señor Jeison Acuña, es decir, el jefe de planta y jefe inmediato del actor y los demás operarios de máquina, quienes recibían instrucciones sobre cómo manipular los instrumentos y extraer la materia prima. Explicó que el actor debía solicitar permiso para faltar a su trabajo y que en caso de que llegara luego de las 9 am no podía ingresar por orden del señor Jeison Acuña, aunado a ello, halló que el demandante recibía por escrito las recomendaciones sobre el horario de trabajo, dado que la jornada laboral de la bodega estaba establecida de lunes a viernes de 8 am a 5 pm y los sábados de 8 am a 12 pm, con 15 minutos de desayuno y una hora de almuerzo, tal como lo manifestó el señor Milton Pulido. Señaló que el demandante en el desempeño de su labor utilizaba elementos de trabajo y de protección suministrados por los accionados, tales como tapa oídos, tapabocas y botas de seguridad, así como la maquinaria que manipulaba aquel. Recordó que, durante los interrogatorios de parte, los demandados en varias oportunidades expresaron *"laboró para nosotros",* incluso llegando a aceptar la señora PULIDO, que el contrato que suscribió con el promotor del proceso no fue real ya que *"todo fue verbal"* y que después del accidente asumieron el pago de salario durante 3 meses, lo que confirma que entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo. Señaló que los demandados confesaron que las condiciones contractuales fueron diferentes a las consignadas en los documentos y que los establecimientos de comercio hacían parte de la empresa de su propiedad. En cuanto al salario devengado por el actor, argumentó que el establecido en la certificación laboral fue desacreditado por el dicho de la señora PULIDO, toda vez que aquella manifestó que el documento fue elaborado para ayudar al demandante a tramitar un contrato de arrendamiento, lo que corroboró con la declaración del señor Luis Torres, quien indicó que solicitó al actor un certificado de ingresos para arrendarle una habitación. Por lo anterior, aseveró que estos concordaron en manifestar que la remuneración recibida por el accionante, dependía de su producción, empero que semanalmente recibía entre $500.000 y $600.000 pesos, arrojando un promedio mensual de $2.000.000 de pesos. De otro lado, afirmó que los demandados no desvirtuaron la presunción de mala fe que recae sobre los empleadores que ocultan la naturaleza laboral de la relación, por lo que encontró procedente el pago de la indemnización moratoria.

En cuanto al accidente sufrido por el demandante, arguyó que se acreditó que los demandados no efectuaron su afiliación a una ARL y que el suceso ocurrió mientras el actor cumplía una instrucción de sus empleadores, máxime cuando en ese momento estaba en el lugar del trabajo dentro de la jornada laboral. Por ello, encontró que el accidente sufrido por el actor fue de origen laboral y que, al no estar afiliado a una ARL, corresponde a los demandados pagar la indemnización de

pérdida de capacidad laboral, teniendo en cuenta que el dictamen del 05 de junio de 2020 determinó una pérdida de capacidad laboral de 7.37%, lo que corresponde a 3 meses de Ingreso Base de Liquidación, para lo que fijó la suma de $1.400.000 pesos. Finalmente, explicó que no es dable declarar la prescripción de los derechos laborales del demandante porque la demanda fue presentada dentro del término trienal laboral contado desde la terminación del contrato.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del señor EUCLIDES MACHADO TELLEZ y la señora CATALINA PULIDO RODRÍGUEZ, presentó recurso de apelación, argumentando que no se demostró que las partes hayan suscrito un contrato de trabajo, es decir, que la presunción del artículo 24 del CST no fue debidamente aplicada, teniendo en cuenta que el demandante firmó un contrato de prestación de servicios, tal como lo reconoció en su interrogatorio y pese a ello, se declaró la existencia de un contrato de trabajo, siendo que en realidad, el vínculo existente estaba regido por las leyes civiles y comerciales. Arguyó que, al no existir relación laboral, no surgen las obligaciones laborales establecidas en la decisión, esto es, el pago de cesantías, prima de servicios, vacaciones e indemnizaciones. Expuso que, pese a que la A quo manifestó que los empleadores deben consignar al fondo de las cesantías a más tardar el 15 de febrero del siguiente año de haber sido causadas, lo cierto es que los demandados no pagaron tal auxilio porque el demandante no tenía derecho a ello, de lo contrario, debió haber manifestado por escrito a los demandados que le debían el pago de esas acreencias laborales. Aseguró que sólo se estableció la mala fe de los accionados y no la del actor, pese a que aquel debió manifestar verbalmente, por interpuesta persona o por escrito, que creía tener derecho al reconocimiento y pago de derechos laborales, de tal forma que sólo hasta la presentación de la demanda solicitó el reconocimiento de esas acreencias, guardando silencio al momento de la terminación de la relación civil. Indicó que al tenor del artículo 65 del CST, no es dable deducir el pago de prestaciones sociales por cuanto no existió un contrato de trabajo, aunado a que dicha indemnización no debe ser pagada, por cuanto el actor estaba en la obligación de manifestarle a sus presuntos empleadores que le adeudaban prestaciones sociales y no cumplió con ello. Afirmó que no es dable condenar la mala fe de los accionados porque sería ir en contra de lo que se pactó en el contrato de de prestación de servicios, el que, a su juicio, no fue debidamente valorado. Arguyó que la A quo liquidó las condenas sobre la suma de $2.000.000 de pesos como IBL, no obstante, para efectos del pago de la indemnización de pérdida de capacidad laboral fijó un IBL de $1.400.000 pesos, mientras que en el contrato de

prestación de servicios pactaron un pago de un salario mínimo legal mensual vigente, quedando dudas sobre el verdadero salario para calcular el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones. Añadió que no se tuvo en cuenta lo manifestado en el proceso, en torno a que el demandante tuvo dos tipos de vinculaciones distintas con las empresas de los demandados, una de un contrato de trabajo y otra de prestación de servicios. Recordó que conforme a lo manifestado por el señor EUCLIDES MACHADO TÉLLEZ, el demandante tuvo un contrato de trabajo a término indefinido, el cual fue ofrecido nuevamente a aquel, pero lo rechazó porque le convenía más estar vinculado por medio de un contrato de prestación de servicios, le cual dista de una relación laboral. Finalmente, solicitó que se revoque la totalidad del fallo y se absuelvan a los demandados de las pretensiones.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión en los precisos términos del artículo 66A del CPTSS y dando alcance a la materia objeto de reproche por la demandada, establecer la procedencia o no de la existencia de un contrato de trabajo del demandante con las personas naturales aquí demandadas, en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, determinando específicamente si la accionada logró desvirtuar la presunción contenida en el artículo 24 del CST. De ser afirmativa la relación laboral, se verificará el salario devengado y se determinará si hay lugar al pago de las sanciones consagradas en los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990.

CONSIDERACIONES

Definido como se encuentra, que el conflicto jurídico gravita, en primer lugar, en torno a la existencia o no de una relación de trabajo entre las partes, puntualiza esta Sala que la jurisprudencia ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que

los demás elementos, normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

A su vez, el artículo 23 del C.S.T., para la existencia de un contrato de trabajo se requiere la presencia de sus tres elementos estructurales a saber: La prestación personal del servicio, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, durante todo el tiempo de celebración del contrato y un salario como retribución del servicio. Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual *«toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo»*, y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

De conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que se tiene acreditado y no es objeto de controversia que el demandante efectivamente prestó su servicios personales a favor de los demandados demandada como optómetra, tal como se ratifica con las pruebas arrimadas a los autos, en especial el interrogatorio de parte absuelto por los dos accionados, los testimonios de descargo rendidos, la certificación expedida a folio 17, así como de los contratos de prestación de servicios vistos de folios 81-82 y 102-103, por ello resulta evidente que la prestación personal del servicio se encuentra acreditada, razón por la cual, tal como se determinó en la decisión de primer grado, se activó la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo de conformidad con el artículo 24 del C.S.T., por tal motivo, le correspondía a la parte demandada desvirtuarla, lo cual se pasará a estudiar a continuación.

En efecto, como ya se anunció, evidencia la Sala que se aportaron con las contestaciones de la demanda los contratos de prestación de servicios celebrados con el accionado EUCLIDES MACHADO TELLEZ el 05 de enero de 2015 y luego con la señora CATALINA PULIDO RODRÍGUEZ el 12 de enero de 2016. En los

términos contractuales pactados, se acredita la celebración del contrato de prestación de servicios para «*el desempeño de las funciones propias del oficio Operario de Máquina troqueladora y dentro de las cuales encuentra. Leer e interpretar la documentación técnica propia del manejo y funcionamiento de la máquina; Planear y preparar la secuencia de operaciones de acuerdo con los proyectos, el esquema de montaje u otras instrucciones; Seleccionar el equipo, materia prima y material necesario para el proceso de troquelado de los diferentes artículos de la Empresa; Determinar y seleccionar los materiales de acuerdo con los requerimientos del trabajo; Encender la máquina troqueladora; Monitorizar la maquinaria durante su operación, p. ej., para asegurar que se satisfacen las especificaciones y para detectar los fallos y los defectos; Ajustar los controles de la maquinaria y cambiar los ajustes de las herramientas sí fuese necesario. p.ej., para mantener las dimensiones dentro de las tolerancias especificadas; Transportar las reservas de metal o las piezas de trabajo de forma manual o usando montacargas, y colocarlos y asegurarlos en las máquinas; Sustituir las herramientas desgastadas; Mantener la máquina troqueladora en buen estado y funcionamiento; Examinar la calidad de los productos metálicos formados para detectar cualquier defecto; Informar de cualquier problema a sus supervisores; y en las labores anexas y complementarias del mismo, sin que exista horario determinado, ni dependencia, pero siempre cumpliendo con la productividad exigida por el Contratante»*. Sin embargo, como justamente lo que se predica es la declaración de un contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas jurídicas contenido en el artículo 53 de la Constitución Política, es necesario seguir auscultando el acervo probatorio, con la finalidad de determinar si a pesar de la suscripción del aludido texto contractual, en la realidad material de su ejecución se observaron los elementos configurativos de un contrato de trabajo.

Al efecto se tiene que además de los referidos contratos se aportó certificación de fecha 17 de marzo de 2016, a folio 17, suscrita por la accionada CATALINA PULIDO RODRÍGUEZ en calidad de propietaria de INDUSTRIAS DYLAN, donde se indica que el demandante «*labora en esta fábrica con un salario de $1.200.000 y con un contrato por prestación de servicios*». Aunado a ello los demandados aportaron copias de planilla de autoliquidación de aportes donde se observa el pago por parte del actor en calidad de independiente (fls. 85 y 104).

Ahora bien, como prueba testimonial, se llamó a testificar a los señores EDGAR ANDRES BENAVIDES, LUIS ALEJANDRO TORRES ROCHA, CARLOS ALBERTO CAMARGO y MILTON EDWIN PULIDO. En cuanto a los dos primeros, nada

aportaron en aras de resolver el problema jurídico, pues su conocimiento deriva de lo que les comentó el accionante, de modo que nada se dirá al respecto.

En cuanto al señor **CARLOS ALBERTO CAMARGO**, declaró que es operario de troqueladora y conoce al demandante porque trabajó con él en Industrias Dylan desde el 2013 al 2015; que aún trabaja en la empresa de los demandados porque en el 2015 salió de allí pero regresó en el 2019; que es primo en tercer grado de los demandados. Que conoce que ellos trabajaban por prestación de servicios, por lo que debían pagar la EPS, la ARL y la pensión pero que no sabe si el demandante lo pagó o no, contrario a su caso porque sí pagaba esos emolumentos (el testigo). Que el demandante era troquelador y debía estampar, machucar, doblar, perforar y picar; que el pago era lo que hiciera en el día; que el pago era semanal y más o menos eran 500 mil; que ellos entraban a las 8 am y salían a las 5 pm, sin embargo, como estaban en prestación de servicios podían irse a la hora que desearan. Explicó que en su caso entró por prestación de servicios hasta el 2015 pero cuando regresó fue vinculado por un contrato laboral, toda vez que los demandados querían estar atentos a la seguridad social de los trabajadores; que cuando él llegó a la empresa los troqueladores ya estaban por contrato de prestación de servicios; que no sabe si el demandante recibía órdenes; que si quería irse debía avisarle al jefe de bodega que se iba, que sólo le comunicaba, no le pedía permiso. Que el actor recibió dotación (tapa oídos, tapabocas, guantes, botas y overol); que sabe que el actor firmó un contrato de prestación de servicios y que le informaron que debía realizar el pago de aportes a seguridad social; que el encargado de la bodega les daba algunas instrucciones sobre cómo manejar la máquina, cómo sacar la producción y los riesgos, ello al momento de ingresar a la empresa pero no sabe si esas indicaciones fueron dadas al accionante; que generalmente se debe estar sentado para manejar la troqueladora, salvo si van a picar. Que cuando una maquina tiene un ruido, se debe parar la producción, se reporta al jefe inmediato Deyson Acuña, quien revisa si se puede arreglar, de lo contrario se llaman a los dueños. Que durante la relación laboral del demandante con los accionados no se produjo un cambio en las actividades realizadas por aquel, siempre fue operario de troqueladora; que le consta que el demandante firmó un contrato de prestación de servicios porque les llevaron ese contrato a todos los troqueladores; que el señor Deyson era el encargado de la producción, era quien verificaba cuanta producción sacaban al día y cómo operaban las maquinas; que su contrato y el del demandante eran iguales; que en el contrato pactaron que era prestación de servicios; que el señor Deyson era quien llevaba el control de la producción, por medio de una planilla, por lo que el sábado hacían las cuentas de lo que habían hecho en la semana.

A su turno, el señor **MILTON EDWIN PULIDO** declaró que es operario pintor en la empresa de los accionados y que conoce al demandante porque fue su compañero de trabajo en la empresa Aluminios Brayner desde el 2015 hasta el 2016. Que sabía que el demandante demandó para decir que en ese tiempo trabajó por contrato de trabajo pero no es cierto, dado que estuvo bajo un contrato de prestación de servicios, lo que le consta porque ellos manejaban un control de producción y al actor se le exigía eso, aunado a que le pagaban los fines de semana según su producción, además se le exigía un certificado del seguro que estaba a su cargo; que el demandante era troqueladora y la mayor parte del tiempo debía machucar las manijas, cuando estaba desocupado se pasaba a las otras máquinas para hacer otras actividades; que cada actividad tenía un precio distinto, que machucar tenía un valor de dieciséis pesos ($16) por pieza pequeña, la grande era de treinta y dos pesos ($32); que el encargado de verificar la producción y la actividad desarrollada por cada uno era el señor Deyson Acuña hasta el 2016 cuando se retiró; que el actor en una semana podía sacar $500.000 o $600.000 pesos, ello mientras fue contrato de prestación de servicios, sin embargo, después cuando regresó al contrato de trabajo se le empezó a pagar quincenalmente; explicó que hay trabajadores por contrato de trabajo y otros por prestación de servicios, situación que se debe en el caso del demandante porque aquel le surtía trabajo a los demás; que al momento en el que el demandante se accidentó todos los troqueladores estaban por contrato de prestación de servicios, eran 3 troqueladores (Alberto Rojas, el demandante y Fernando Rodríguez); que los propietarios de la empresa decidieron cambiar los contratos de prestación de servicios a contratos de trabajo porque hubo un problema con el demandante y el Señor Deyson, dado que éste le estaba pasando su producción a otro troquelador para que ganara más; con relación a los sitios de trabajo, indicó que lo que cambiaba era el nombre de los dos establecimientos pero que en la práctica funcionaban en el mismo lugar y para los dos demandados. Agregó que el demandante en el 2013 hasta el 2016 estuvo por prestación de servicios, pero después del problema que tuvo lo pasaron a contrato laboral. Que durante todo el tiempo que laboró con el demandante hasta el 2016 aquel desempeñó las mismas funciones, pero después del accidente que sufrió se le cambiaron las funciones por seguridad, dado que ya habían ocurrido dos accidentes, que el primero fue el que causó la amputación de la falange, pero no supo decir qué consecuencia tuvo el segundo accidente, sólo sabe que se produjo en la misma función de troquelador. Que él y el demandante tenían los mismos jefes: los señores Deyson Acuña, Euclides y Catalina. Que el demandante podía llevar a la hora que deseara siempre que no fuera después de las 8:30 am, pero que su rutina era generalmente de 8 am hasta las 5 pm entre semana y el sábado de 8 am a 1 pm,

que tenía 15 minutos o 30 min de desayuno y 1 hora de almuerzo; dijo que el demandante no podía llegar después de las 9 am porque el señor Deyson ordenaba no abrirle, salvo cuando tenía permiso autorizado de los accionados. Que le consta que el demandante ganaba semanalmente esos valores porque veía las planillas; que mientras el demandante estuvo incapacitado iba a donde la demandada señora Catalina los sábados, pero no estaba seguro si iba a cobrar algo.

Respecto a los interrogatorios de parte rendido por los accionados se tiene que el señor **EUCLIDES MACHADO TELLEZ** declaró que conoce al demandante porque fueron compañeros de trabajo en 1997 y luego se volvieron a encontrar cuando le compró el establecimiento de comercio a un señor William (el antiguo jefe del demandante). Que los trabajadores de esa planta del señor William se mantuvieron con la misma modalidad de contrato de trabajo; pero el demandante y otro trabajador le solicitaron que le cambiará el contrato a prestación de servicios, con la remuneración que ellos hicieran, según su producción, explicando que el tope era de 500 mil o 600 mil semanas y debían hacer diariamente 6 mil piezas, que en el caso del demandante costaba 16 pesos cada pieza que realizara. Que, al momento del accidente sufrido por el demandante, él no estaba presente, sino que Jeison era el encargado, quien lo llamó para informarle sobre el accidente. Que el demandante le presentaba las planillas de seguridad social pero que como el encargado de la bodega era quien estaba más pendiente pues cada vez que lo veía le pedía que le mostrará las planillas pero siempre le decía que se le habían quedado (el actor); que cuando se mudaron de bodega de Britalia a Bosa, legalizaron dos establecimientos pero como no les dio resultados cerraron el de Industrias Dylan, agregando que el actor prestó sus servicios para ambos, sin importar que los contratos se celebraron con los dos por separado. Que Jeison Acuña y Milton Pulido eran quienes supervisaban las labores del demandante; que no tenía horario porque era por prestación de servicios, que podían llegar o irse a cualquier hora; que el demandante trabajó como hasta el 2017, año en el que volvió al contrato de trabajo; que cambiaron el contrato a prestación de servicios desde enero de 2015 pero en 2017 volvió al contrato de trabajo. Que luego del accidente, decidió pagarle 350 mil pesos semanales al demandante porque aquel le dijo que no podía trabajar.

De igual modo la demandada, señora **CATALINA PULIDO** expuso que conoce al demandante desde el 2012 porque cuando compraron la fábrica de troqueladoras, aquel trabajaba allí mediante un contrato de trabajo, no obstante cambiaron la modalidad del contrato porque comenzaron a pagarle según la productividad, es decir según las manijas realizadas cada día, dijo que el cambio contractual ocurrió aproximadamente en el 2013 o 2014; precisó que no conoce cuanto devengaba el

actor antes del contrato de prestación de servicios, empero cuando comenzó a laborar bajo la prestación de servicios ganaba aproximadamente 500 mil o 600 mil pesos semanales; dijo que el actor no debía cumplir un horario; que no lo capacitaron porque aquel ya sabía trabajar en esas máquinas; que en las planillas que el accionante les entregaba se veía que sí realizaba los aportes a seguridad social; que el actor no les mostraba una cuenta de cobro; que aquel trabajó hasta el 2018 pero que sólo demandó hasta el 2016 porque en el 2017 decidieron cambiar la modalidad contractual, regresando a un contrato de trabajo porque se dieron cuenta de que los trabajadores no estaban cumpliendo con el pago de la seguridad social, dado el accidente sufrido por el actor. Expuso que las instrucciones que daban estaban guiadas a indicarles qué manija debían realizar, señalándoles que hicieran con cuidado su trabajo, que no utilizaran celulares y que usaran sus elementos de protección, dentro de los que les entregaron tapa oídos, gafas, guantes, tapa bocas, botas. Señaló que en la bodega el encargado es Deyson Acuña, por lo que es el jefe de los trabajadores, incluido el actor; que ellos confiaban en que Deyson les reclamaba las planillas de seguridad social a los trabajadores y por eso no sabían que el demandante no estaba afiliado a la ARL, sin embargo, Deyson les mentía sobre las planillas porque habían unos trabajadores que sí cumplían y otros que no; que luego del accidente, el actor no podía utilizar las maquinas, sino que lo asignaron en unos procesos más sencillos; que la relación laboral finalizó porque se venció el término, aunado a que el demandante decía que estaba ganando muy poco y quería volver a trabajar con las máquinas pero eso no era posible; que la certificación que expidió en la que consta que el actor ganaba $1.200.000 pesos, fue hecho porque aquel le pidió que se la hiciera por ese valor para un arrendamiento; que le reconocieron 350 mil pesos semanales como un cálculo de lo que el ganaba; que en el contrato de prestación de servicios pactaron un salario pero de manera verbal acordaron que el pago sería semanal sujeto a su productividad, afirmó que el contrato fue como por sostener eso (sic), que lo real era que se le pagaba semanalmente, que lo único real del contrato era su naturaleza de prestación de servicios.

De indicarse con relación al interrogatorio practicado a la parte actora, nada puede extraerse en favor de los intereses de su contra parte en los términos del artículo 191 del CGP.

De conformidad con lo anterior, del acervo probatorio y dando aplicación al principio de libre formación del convencimiento (art. 61 CPTSS), en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, según las cuales es dable la apreciación de los distintos medios probatorios en aras de fundamentar la decisión

en aquellos elementos de prueba que le merecen mayor persuasión o credibilidad y que le permiten hallar la verdad real al juzgador, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables, la Sala puede colegir, inicialmente, que antes que derruir la presunción del contrato laboral, las referidas pruebas la confirman, en tanto y en cuanto al actor en vigencia de su vinculación jurídica le fue impuesto el cumplimiento de horarios, siéndole impuestas órdenes por parte de quienes fungían jefe de la bodega donde funcionaban los establecimientos de comercio de los accionados, de igual manera los equipos y elementos de trabajo en general eran proporcionados por los accionados, aspectos estos que para la Sala de Decisión demuestran la existencia de una verdadera relación laboral, pues si bien puede afirmarse que el cumplimiento de horario no demuestra directamente una relación laboral, lo cierto es que dicha conclusión no se puede sostener cuando se evidenciaron órdenes dirigidas a prestar los servicios para los cuales fue contratado, esto es, como operario de una maquina troqueladora, pues incluso desde la suscripción del contrato puede verse que el actor no tomaba decisiones a su libre albedrío en cuanto a las circunstancia de tiempo, modo y lugar en que debía prestar dichos servicio, situación que contraría la autonomía del contratista, lo que evidencia la existencia de la subordinación jurídica, elemento indicativo de la existencia del contrato de trabajo.

En ese orden, debe decirse igualmente, que no resulta dable indicar como lo señala la recurrente por pasiva, que por el hecho que el demandante en desarrollo del contrato no haya formulado inconformidad alguna o no haya presuntamente aceptado prestar el servicio mediante contrato de trabajo, deba tenerse como un hecho cierto e inamovible que la relación fue de carácter civil y/o comercial, pues la connotación de laboral se la da la forma en que se prestó el servicio, sin que los derechos que de allí surjan puedan catalogarse como renunciables. En tal medida, contrario lo que sostiene la pasiva, a la Sala no le queda duda que la prestación del servicio por parte del demandante se dio en el marco de un contrato de trabajo, sin que haya resultado probado que el servicio se prestó sin subordinación alguna, la prueba testimonial valorada de forma integral con los interrogatorios surtidos, da cuenta que incluso los que fueron sus jefes inmediatos, los jefes de la bodega, claramente indicaron la impartición de órdenes, no sólo frente al cumplimiento de horarios sino en la forma y cantidad en que debía desarrollar las labores, sin que pueda inferirse independencia o autonomía en el cumplimiento de su labor.

Vale precisar frente a dicha prueba testimonial, confirma que las funciones ejercidas por el actor, se dieron en virtud de las órdenes que le impartían para el cumplimiento de las funciones de operario de la máquina troqueladora; aunado a

lo anterior, como bien lo indicaron los accionados el actor venía prestando los mismos servicios mediante contrato de trabajo, aspecto que refuerza el argumento de que los servicios fueron prestados de la misma manera, e incluso después de haber sufrido un accidente le siguieron pagando una especie de salario promedio a lo que venía devengando.

De otra parte, no puede pasarse por alto que dicha relación contractual no fue efímera ni fugaz, sino, antes por el contrario, duradera y prolongada, lo cual, implica la continuidad y regularidad de una relación de trabajo personal y desdice de un contrato de prestación de servicios, que se caracteriza por ser temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y solo el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido (CC C-614 de 2019).

Al respecto, vale la pena traer a colación lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL4143-2019, donde se explicó con claridad las características de las modalidades contractuales objeto de litis:

> *«Cuando el contratista es una persona natural, este convenio se encuadra en el marco genérico de los contratos de prestación de servicios. Y sobre el particular, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el acatamiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».*
>
> *Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones.* ***Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo****.* (Subrayas al margen).

En este sentido, dando alcance a este último aserto del Alto Tribunal, estima la Sala que ello fue lo que ocurrió en el presente caso, pues dichas acciones de supervisión, vigilancia e imposición de horarios, se desbordaron al punto de desfigurar la

contratación, que por demás se mantuvo bajo la solapada modalidad comercial, al menos dos años. Así pues, antes que revelar signos de autonomía e independencia, la prueba analizada en su conjunto y bajo el prisma de un sereno juicio crítico, muestra una conducta propia de un empleador que determina la jornada de trabajo y el salario de su trabajador, esto es, contiene en toda su dimensión la expresión de impartir órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, que se corresponden con la subordinación jurídica que distingue al contrato de trabajo.

Así las cosas, se concluye que la celebración formal de un contrato de prestación de servicios no resulta suficiente para probar que se prestaron sus servicios de manera autónoma e independiente, pues del análisis conjunto de la prueba y dando aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas (Art. 53 CN), se descarta la autonomía e independencia que proclama la accionada, por el contrario, se evidenció subordinación jurídica de la parte actora respecto de la demandada en la ejecución de sus labores. De tal modo, la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia de contrato de trabajo, sustentada en la demostración de la relación de trabajo personal, lo cual impone la confirmación de la decisión de primer grado.

Establecido lo anterior, en lo que al salario se refiere, como bien se pudo deducir no sólo de los referidos testigos, sino de los accionados que confesaron en el interrogatorio de parte, que el demandante devengaba semanalmente un promedio de 500 o 600 mil pesos, pese a que formalmente en el contrato pactaron un valor inferior, de modo que el valor de $2.000.000 inferior por la a quo no resulta descabellado y por ello se mantendrá en esta sede judicial, muy a pesar que para efectos de calcular la indemnización por pérdida de capacidad laboral en virtud del accidente de trabajo sufrido por el actor, aspecto que no se discute en esta instancia, haya toma un valor inferior y que no se modifica por ser la parte accionada la única apelante.

En ese orden de ideas y al estar demostrada la existencia del contrato de trabajo en los términos expuestos y al no haberse presentado de manera puntual en el momento procesal correspondiente, reparo alguno respecto de las condenas fulminadas en la oportunidad procesal correspondiente, no es dable adelantar juicio de valor alguno sobre los conceptos o montos que en contra de la demandada fueron fulminados, por lo que se confirmará en su integridad las señaladas en la sentencia de primer grado.

Indemnización moratoria contempladas en los artículos 99 de la Ley 50/90 y 65 del CST.

Finalmente, en lo que refiere a estas sanciones, como es sabido, y lo ha decantado en abundante jurisprudencia el máximo órgano de cierre de esta especialidad, las indemnizaciones moratorias pedidas, tienen un carácter sancionatorio para castigar al empleador moroso en el pago sus obligaciones patronales a la culminación del contrato de trabajo y resarcir los perjuicios ocasionados por la mora; pero su imposición no procede de manera automática e inexorable ante el incumplimiento de pago, sino que se ha recabado sobre su carácter subjetivo que compele a hacer miramientos sobre la buena o mala fe en el proceder del empleador incumplido, de modo que este puede exonerarse de su fustigación, si comprueba que tuvo justificaciones atendibles que lo abstuvieron de realizar el pago de las prestaciones sociales o salarios insatisfechos, tal y como lo establecido la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 24397 del 13 de abril de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

En el caso concreto, la buena fe se haya desvirtuada en razón a que pese haberse ejecutado en la realidad un contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad; la Sala resalta que no basta con argüir la existencia y suscripción del contrato comercial o ampararse bajo el convencimiento de estar actuando conforme los parámetros de este, para lograr la exoneración de las sanciones moratorias, sino que es necesario que concurran otras razones atendibles que justifiquen esa sustracción de las obligaciones propias del contrato de trabajo que resultó demostrado. En el sub examine, se estima que no existe una razón valedera para exonerar del pago de las indemnizaciones condenadas, además de que con la valoración probatoria realizada, se arriba a una conducta mal intencionada por parte de los empleadores, con la finalidad de ocultar la existencia de la relación laboral, que en todo caso retomaron con posterioridad, sin que haya lugar como ya se dijo a imponer sanción alguna o valorar el actuar del demandante al no efectuar reclamo alguno en desarrollo del contrato, pues se insiste, que se trata de derechos sociales irrenunciables que pueden ser reclamados en cualquier tiempo.

Así las cosas, y al haberse analizado todos los puntos de la apelación, y al no encontrar pruebas que desvirtúen lo decidido por la primera instancia, la sentencia se confirmará en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

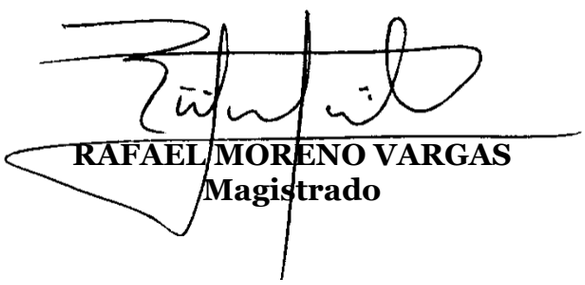
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

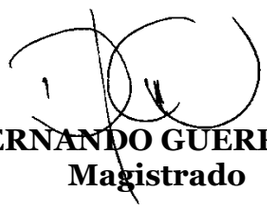
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

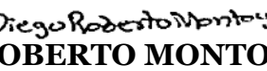
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C
SALA 4 DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ABEL SILVA MARTÍNEZ contra LA NACION - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. Rad. 110013105-024-2019-00007-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación formulado, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de mayo de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de La Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **ABEL SILVA MARTÍNEZ**, solicitó que se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en los términos de los artículos 97 y 98 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el extinto IDEMA con el sindicato SINTRAIDEMA desde el 08 de febrero de 2021, con los reajustes primas semestrales y demás adehalas, a los intereses moratorios, la indexación de la primera mesada pensional, lo extra y ultra petita, más las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó haber nacido el 08 de febrero de 1961 y que laboró para el extinto IDEMA mediante varias vinculaciones con solución de continuidad un total de 12 años entre el 28 de diciembre de 1988 y el 30 de noviembre del año 2.000, en calidad de trabajador oficial. Añadió que el 09 de octubre de 1997 dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo a partir

del 15 de octubre de 1997, sin embargo, mediante sentencia del 07 de julio de 2.000, el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., declaró la ineficacia de dicho despido, lo cual fue confirmado por el superior. Que el Ministerio accionado mediante Resolución 00611 del 30 de noviembre de 2.000 dio cumplimiento a la sentencia precisando que el despido se produjo el 30 de noviembre de 2000 y le pagó las prestaciones más la indemnización por despido injusto. Que, al momento del despido, tenía un salario promedio de $1.604.374. Que el IDEMA y el sindicato SINTRAIDEMA suscribieron Convención Colectiva de Trabajo vigente de 1996 a 1998, que a la terminación del contrato era beneficiario de la misma pues estaba afiliado a la referida asociación sindical. Anotó, el IDEMA fue suprimido y el Ministerio de Agricultura asumió sus obligaciones pensionales. Agregó que, el artículo 97, parágrafo II, de la Convención Colectiva de Trabajo señala el valor de la pensión mensual de jubilación y de conformidad con el artículo 98 de la CCT establece la pensión en caso de despido injusto después de haber laborado más de diez años y menos de 15 años continuos o discontinuos en el IDEMA una vez cumplidos 60 años de edad. Que el 22 de octubre de 2018 agotó la reclamación administrativa solicitando el reconocimiento y pago de la pensión sanción a partir del 08 de febrero de 2021, sin obtener respuesta alguna (fls. 03 a 16).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL**, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, pues si bien admitió que el demandante laboró al servicio del extinto IDEMA, no le asistía el derecho al reconocimiento de la pensión extralegal, toda vez que la relación laboral finalizó en virtud de la extinción de la vida jurídica del empleador, situación que corresponde a un modo legal de terminación de la relación laboral que no da lugar al reconocimiento solicitado en el libelo introductorio, además, indicó que no es posible endilgar la existencia de alguna relación laboral con el Ministerio, dado que lo único que hizo fue darle cumplimiento a unas decisiones judiciales, no siendo cierto que haya asumido todas las obligaciones prestacionales del IDEMA. Agregó que los pactos convencionales que establecieron derechos pensionales perdieron vigencia a partir del 31 de julio de 2010, según el Acto Legislativo 001 de 2005, situación que también impide el reconocimiento de la pensión solicitada. Propuso las **excepciones** de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de requisitos para obtener la pensión, prescripción, el acto legislativo restringe el reconocimiento de derechos pensionales, el derecho a la pensión de vejez del actor se consolidó en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, compartibilidad de la pensión

convencional con la de vejez, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación e innominada o genérica (fls. 120 a 139).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 19 de mayo de 2021, declaró que la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y el extinto IDEMA desde el 23 de enero de 1989 hasta el 30 de noviembre de 2000, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador. Declaró que el señor Abel Silva Martínez le asiste derecho a la pensión de jubilación convencional, condenando a la Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural reconocer y pagar la pensión convencional junto con el retroactivo a partir del 08 de febrero de 2021, en una mesada de $1.477.304 junto con los reajustes legales y mesadas adicionales de junio y diciembre, indexada al momento del pago. Autorizó a la demandada a deducir el valor del retroactivo pensional los aportes al sistema de seguridad social en salud; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que el actor tenía derecho a prestación convencional por despido injusto al estar establecido que en su calidad de trabajador oficial laboró para el extinto IDEMA, 11 años, 10 meses y siete, esto es, más de los 10 años y menos de 15, según lo establecido en el artículo 98 de la CCT y que la terminación del vínculo del demandante correspondió a la supresión de la entidad, resultando injusto. Advirtió que el derecho pensional no se ve afectado por la entrada en vigencia del acto legislativo 01 del 2005 parágrafo transitorio 3 que dispuso la perdida de vigencia de disposiciones convencionales contenidas en convenciones colectivas de trabajo a partir del 31 de julio del año 2010, como quiera que por tratarse de una pensión originada en el despido, puede entenderse como una pensión sanción, pues está causada en el momento en que se produjo el hecho del despido, siendo la edad un mero requisito de exigibilidad de la prestación. En cuanto al monto de la misma, señaló que al no establecerse en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, la forma en que se debía liquidar debía remitirse a la Ley 171 de 1961 y Decreto 1848 de 1969, por considerar que es la norma legal que consagra un derecho de similares características, tal y como lo ha decantado la jurisprudencia laboral de la CSJ SL; en ese sentido, indicó que de acuerdo al tiempo laborado la pensión equivalía al 44.44% del promedio devengado durante el último año de servicios, que correspondía según la Resolución que dio cumplimiento a la sentencia que dio cumplimiento a la sentencia que ordenó el reintegro del demandante, a $1.254.007, el cual actualizó al año 2021 arrojando la suma de $3.324.268 para luego aplicar una tasa de remplazo del 44.44%. Anotó que al actor

le correspondían 14 mesadas por haberse causado la prestación con anterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005. Indicó igualmente, que dicha prestación era compartible con la que a futuro reconociera COLPENSIONES. Negó los intereses moratorios teniendo en cuenta que la prestación es de origen convencional, por lo que no era posible aplicar las disposiciones de la Ley 100 de 1993, en su lugar, había lugar a la indexación las mesadas. Con relación de la excepción de prescripción indicó que no estaba no probada en el entendido de que las mesadas se hicieron exigibles desde el 08 de febrero de 2021.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandada presentó recurso de apelación argumentando que el despido del demandante no fue proferido sin justa causa, toda vez que el IDEMA procedió a terminar el contrato facultado por el Decreto Ley 1675 del 27 de junio de 1997 , en virtud del cual se ordenó la liquidación del mencionado instituto y por ende también la terminación de todos los contratos laborales con sus trabajadores, incluida la liquidación y disolución de su sindicato; precisando que después de diciembre de 1997, no subsistieron ni empresa ni sindicato de ahí que la convención haya perdido su vigencia. De otro lado, expuso que el acto legislativo 01 de 2005 estableció como fecha límite para la aplicabilidad de los derechos pensionales convencionales el 31 de julio de 2010, con ocasión a lo expuesto solicitó absolver NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL de las pretensiones elevadas y revocar el fallo atacado.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación establecer si al demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional contenida en el artículo 98 de la C.C.T. vigente para los años 1996 -1998.

CONSIDERACIONES

Con la finalidad de resolver el problema jurídico, debe advertirse que la pretensión principal está dirigida a obtener el reconocimiento pensional contenido en el artículo 98 de la C.C.T. vigente para los años 1996 – 1998, texto que fue aportado al proceso con el lleno de los requisitos legales contemplado en el artículo 476 del C.S.T. (fls. 47 a 62), la cual estableció la aludida prestación en los siguientes términos:

> *«PENSIÓN EN CASO DE DESPIDO INJUSTO. El trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo que sea despedido sin justa causa, después de haber laborado* ***más de diez (10) años y menos de quince (15),*** *continuos o discontinuos en el IDEMA, tendrá derecho a la pensión de jubilación desde la fecha del despido injusto,* ***si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad, con posterioridad al despido.***
>
> *Si el despido injusto se produjere, después de quince (15) años de los mencionados servicios, el trabajador oficial tendrá derecho a la pensión, al cumplir cincuenta (50) años de edad, o desde la fecha del despido, si para entonces tiene cumplida la expresada edad».*

La H. Sala Laboral de la CSJ, ha tenido la oportunidad de analizar la citada norma, en entre otras muchas en las sentencias radicadas al No. 34480 del 4 de marzo de 2009, 34475 del 09 de sept. de 2009, SL10992 de 2014, SL13455 de 2016, SL2377 de 2018, SL43538 de 2018, CSJ SL580-2020 y recientemente en la CSJ SL2336-2021, fijando el entendimiento que debe dársele a la norma convencional e incluso, la aplicabilidad de la misma más allá de la fecha en que materialmente se produjo el despido, para lo que, de manera clara y precisa ha venido señalando que para acceder a ella deberá cumplir los siguientes requisitos, que por la importancia en el presente proceso, se trae a colación de manera textual:

> *«El artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo que rigió para la recurrente, en principio hasta el 31 de marzo de 1998, a su letra expresa:*
>
> *PENSIÓN EN CASO DE DESPIDO INJUSTO. El trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo, que sea despedido sin justa causa, después de haber laborado más de diez (10) años y menos de quince (15)…en el IDEMA, tendrá derecho a la pensión de jubilación…si para entonces tiene sesenta (60) años de edad.*
>
> *En el momento en que se produjo el despido, es decir, el 15 de octubre de 1997, el señor Solis ya tenía el requisito de tiempo servido pues llevaba más de 10 años de servicios para el Idema,* ***sin embargo, al generarse la orden de reintegro, siguió acumulando tiempo*** *y así la Sala considerara, independientemente de las prórrogas automáticas que recaen sobre las convenciones colectivas, que para el 31 de marzo de 1998 la convención perdió su vigencia,* ***el trabajador ya tenía un derecho adquirido*** *tan solo pendiente del cumplimiento de la edad que no es un requisito para acceder al derecho como tal sino para solicitarlo»* (SL13455 de 2016).

De lo expuesto, se concluye de manera clara que para su configuración debe observarse en el caso concreto, dos requisitos, el primero, demostrar un tiempo de servicios superior a 10 años y menos de 15, y el segundo, que el despido se realice en forma unilateral por parte del empleador sin justa causa. Sólo éstos son los requisitos exigidos para la configuración del derecho pensional convencional, pues la edad aparece apenas como un requisito de exigibilidad más no de causación del

derecho, aclarando en todo caso, que la cuantía será proporcional a la que le hubiere correspondido por la pensión plena de jubilación oficial.

En éste orden de ideas, frente al principal problema jurídico planteado, esto es, el tiempo de servicios, se tiene que se acreditó en el proceso que el demandante laboró al servicio del extinto IDEMA en calidad de trabajador oficial por el periodo comprendido entre el 23 de enero de 1989 al 30 de noviembre de 2.000, para un total de 11 años, 7 meses y 10 días, ello contabilizando el tiempo transcurrido entre entre el 22 de octubre de 1997 y el 30 de noviembre de 2000, pues si bien es cierto la desvinculación inicial del demandante se dio en desarrollo del proceso de supresión y liquidación del IDEMA contemplado en el Decreto 1675 de 1997, no es menos cierto que producto del proceso especial de fuero sindical iniciado por el actor contra la NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá, a través de sentencia del 07 de julio de 2.000 le ordenó reintegrarlo sin solución de continuidad al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría; decisión que fue confirmada por la Sala Laboral de este Tribunal, mediante sentencia del 31 de agosto de 2000. Lo cual traduce en que el despido del actor no tuvo validez y así lo admitió el Ministerio demandado al expedir la Resolución No. 00611 de 2.000, por medio de la cual le dio cumplimiento a la orden de reintegro dictada en dicha sentencia judicial (fls. 32 a 37).

En efecto, en el aludido acto administrativo se dejó por sentado que *«al establecer la sentencia el reintegro del trabajador, se colige que no hubo solución de continuidad del contrato de trabajo, lo cual deja sin efecto, la indemnización convencional cancelada, razón por la cual se debe descontar de las sumas a pagar a favor del beneficiario el monto que le fue sufragado al mismo por dicha indemnización convencional…»*. De igual modo se consideró en torno a la posibilidad de hacer efectivo el reintegro que «*Las entidades afectadas con las decisiones judiciales deben proferir un Acto Administrativo en el cual expongan las causas que hagan imposible el reintegro para el cumplimiento de las respectivas sentencias, a la vez, reconocer y ordenar el pago de los salarios y demás emolumentos legales y convencionales dejados de percibir desde el momento de su despido y hasta la fecha en el que se le comunique al trabajador la imposibilidad jurídica del reintegro»*.

Debe decirse que tal entendimiento es el que ha prohijado la Sala de Casación Laboral de la HCSJ en casos similares al aquí estudiado en las ya citadas sentencias,

por ejemplo, en la sentencia SL13455 de 2016, la Alta Corporación precisó al respecto:

> *«Descendiendo al sub lite precisa la Sala que el ad quem no se equivocó al considerar que no existió una justa causa para dar por terminada la relación con el trabajador oficial pues si bien, la terminación unilateral de parte de la entidad empleadora obedeció a lo dispuesto en el Decreto Ley 1675 de 1997, que ordenó la supresión y liquidación del IDEMA; con lo que aparece claramente la legalidad de esta determinación; ello no constituye una de las justas causas para disolver la relación laboral con un trabajador oficial por no corresponder a aquellas que están enlistadas en los artículo 16, 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945.*
>
> *Aun, como lo expresa la parte recurrente,* ***si se tiene que no hubo solución en la continuidad de la labor*** *por parte del señor Solis pues* ***se dio cumplimiento a la orden de reintegro, de igual manera, como lo expresó el Ad quem, para el 15 de diciembre de 2003 la razón para dar por terminada la relación laboral fue la misma,*** *es decir, una legal pero injusta, es decir, sigue existiendo la terminación de la relación laboral del trabajador oficial del Idema sin que para ello exista justa causa, en aplicación del dicho que expresa que donde existe la misma razón se aplica la misma disposición».*

De igual modo, en la sentencia SL10992-2014, se señaló:

> *«Por otra parte, frente al argumento de que el ad quem, no dio por probado estándolo que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el IDEMA y SINTRAIDEMA vigente para el período 1996 a 1998 solo produjo efectos hasta el 30 de abril de 1998, supuesto que implicaba su inaplicabilidad material a las condiciones especiales en que se encontraba el demandante.*
>
> *Debe decirse que, a folio 32 del cuaderno del Tribunal obra Resolución Nº 00581 de 2000 del 30 de noviembre de 2000, expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que tuvo por objeto dar cumplimiento una sentencia de un proceso especial de fuero sindical que ordenó el reintegro de un grupo de trabajadores del IDEMA, entre ellos, el aquí demandante y cuyas obligaciones quedaron a su cargo, de conformidad con el Art.6º del D. 1675/97.*
>
> *La entidad demandada liquidó las acreencias laborales del actor, a 30 de noviembre de 2000 y el motivo invocado para la terminación del vínculo contractual fue la imposibilidad de darle cumplimiento «tanto física como jurídicamente» a la decisión judicial que ordenó el reintegro del actor, por la «supresión total de la planta de personal» del IDEMA».*

En la reciente sentencia SL2377 de 2018, el Alto Tribunal razonó:

> *«Respecto al segundo requisito, en lo atinente al cumplimiento de 15 años al servicio del Idema, se advierte desde ya que igualmente* ***erró el Tribunal al tomar como fecha de finalización del vínculo laboral el 15 de octubre de 1997 (momento en el que fue despedido con ocasión de la liquidación del Idema),*** *y no el 31 de marzo de 2003, siendo esta la fecha que, mediante acto administrativo (folios 32 a 36 del cuaderno principal), refirió la demandada como extremo final de la relación de trabajo*

entre el Idema y el señor Flórez Campo, y hasta la cual se liquidaron los salarios adeudados y demás prestaciones sociales».

Así las cosas, como las citadas sentencias expedidas por la Alta Corporación se constituyen en doctrina probable, por lo que ésta Sala de Decisión atiende el criterio de autoridad antes expuesto y por ello, se tendrá como fecha de terminación del contrato de trabajo el día 30 de noviembre de 2000, advirtiendo para tal efecto, que la razón para dar por terminada la relación laboral fue la imposibilidad de darle cumplimiento *«tanto física como jurídicamente»* a la decisión judicial que ordenó el reintegro del actor, por la *«supresión total de la planta de personal»* del IDEMA, ante lo cual, debe decirse que «*La terminación del contrato de trabajo por invocación de la imposibilidad física del reintegro por la supresión de la entidad, no es una justa causa de terminación del contrato de trabajo, razón por la cual se considerará que el actor fue despedido»* (CSJ SL, 4 Mar. 2009, Rad. 34480).

Lo anterior permite establecer que se cumplieron los dos requisitos exigidos en la norma convencional, concluyéndose que le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la pensión en caso de despido injusto en los términos del artículo 98 de la C.C.T.

El derecho pensional convencional, contrario a lo afirmado por la entidad accionada, no está afectado por lo dispuesto por el Acto Legislativo 001 de 2005, toda vez que el demandante cumplió los requisitos de causación el 30 de diciembre de 1997, por el tiempo de servicios y la modalidad del despido, siendo el cumplimiento de la edad sólo un requisito de exigibilidad (SL2377-2018), razón por la que se concluye que a la fecha de vigencia de la reforma constitucional, esto es, el 29 de julio de 2005, el actor tenía un derecho adquirido que debe ser respetado, tal como lo contempla la norma constitucional objeto de estudio.

Determinado lo anterior, se procede al estudio del monto de la prestación, para lo cual resulta necesario precisar que el artículo 97 de la convención colectiva 1996-1998 consagra en lo pertinente:

> ***«ARTÍCULO 97.-*** *Sin perjuicio de lo dispuesto en esta convención, el IDEMA pagará a sus trabajadores oficiales, las siguientes prestaciones sociales:*
> ***(…)***
> ***PARÁGRAFO II:*** *El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será el equivalente al setenta y seis por ciento promedio del salario percibido por el Trabajador durante el último año de servicio…».*

De conformidad con lo anterior, si bien el parágrafo 2.° del artículo 97 de la convención colectiva establece que el valor de la prestación será equivalente al 76% del promedio del salario percibido durante el último año de servicio, lo cierto es que tal preceptiva hace referencia a la pensión de jubilación plena de carácter convencional consagrada en dicha cláusula, y no frente a la «*pensión en caso de despido injusto*» que es a la que tiene derecho el hoy demandante, sin embargo, conforme a la doctrina construida por la Alta Corporación desde la sentencia de casación CSJ SL, 1.° feb. 2015, rad. 38022, reiterada entre otras muchas en las sentencias CSJ SL9832-2017, CSJ SL2466-2018 y SL3277-2018, según las cuales es viable acudir a la norma legal que consagra un derecho de similares características, como es el caso de la Ley 171 de 1961 y el Decreto 1848 de 1969 para el efecto aquí previsto, disposiciones estas que regulan la pensión sanción y establecen que el monto de la prestación será proporcional al tiempo de servicios respecto del que le hubiera correspondido al trabajador en el evento de reunir los requisitos para gozar de la pensión plena; y en cuanto al IBL, el artículo 97 convencional estableció en el parágrafo 2º que este corresponderá al «*…promedio del salario percibido por el trabajador, durante el último año de servicio…*», siendo dable dar aplicación al mismo pues así también así lo ha entendido la HCSJ SCL en las mencionadas providencias.

En lo que refiere a los factores salariales, debe advertirse que la norma vigente a la fecha de la terminación del contrato de trabajo el 30 de noviembre de 2000, lo era el Decreto 1158 de 1994, por lo que es el parámetro jurídico que se debe tener en cuenta para el cálculo de los factores salariales devengados en el último año de servicios, los cuales según la Resolución 00611 de noviembre de 2000, se evidencia que sólo se tuvo en cuenta el salario básico más el incremento convencional hay lugar a tener en cuenta corresponden al salario básico, como quiera que no se advierten más factores salariales a tener en cuenta conforme a la citada disposición, sin que sea dable tener en cuenta el promedio salarial para obtener las cesantías definitivas, pues allí no se especifica que factores fueron tenidos en cuenta; por lo que, se tomará el promedio de los emolumentos antes indicados como IBL para el cálculo de la prestación, esto es, la suma de $1.263.858 el cual se obtiene de sumar los doce meses de salarios entre diciembre de 1999 (1.115.501) y los recibidos de enero a noviembre de 2.000 (1.273.709), sin embargo, dicha suma resulta superior a la estimada por la A quo ($1.254.007), por lo tanto se confirmará lo allí decidido en este aparte de la sentencia al no presentarse oposición alguna frente al mismo por la parte actora, no apelante.

Advierte la Sala que indexado ese valor del 30 de noviembre de 2.000 al 08 de febrero de 2021 determina un valor actualizado de $3.324.268, al cual debe aplicársele como tasa de remplazo el 44.44%, que resulta del porcentaje que le corresponde equivalente al de la pensión plena de jubilación proporcionalmente al tiempo laborado, arrojando lo anterior, una pensión inicial de $1.477.304, suma que resulta igual a la concedida por la juez a quo, por lo que se confirmará este puntual aspecto de la sentencia.

En cuanto a la excepción de prescripción, al hacerse exigible la prestación apenas hasta el 08 de febrero de 2021, resulta claro que no opera el fenómeno prescriptivo en los términos del artículo 488 del C.S.T., es por lo que se considera que no hay lugar a declarar probada la excepción objeto de estudio.

En este orden de ideas, procede la Sala a determinar el valor del retroactivo pensional, el cual se estima hasta el 31 de julio 2021, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad, calculado sobre 14 mesadas pensionales, toda vez que corresponde a un derecho adquirido que no se afecta por lo dispuesto por el Acto Legislativo 001 de 2005, el cual arrojó la suma de $10.001.348, calculado entre el 08 de febrero de 2021 al 31 de julio de 2021. Por lo tanto, se adicionará la decisión de primer grado para concretar el retroactivo, el cual, por ser procedente deberá sufragarse indexado al momento del pago, tal y como lo concluyó la a quo.

Se advierte igualmente que la prestación aquí reconocida tiene el carácter de compartible con la pensión de orden legal que eventualmente le llegare a ser reconocida, ello por cuanto dicho efecto legal se habilitó respecto de las pensiones extralegales de conformidad con el Acuerdo 029 de 1985, norma que después también se reprodujo en el Acuerdo 049 de 1990, por lo que, para todos los efectos legales, se autoriza a la entidad accionada para que en caso que el demandante disfrute de una pensión de orden legal, sólo proceda a reconocer el mayor valor a que hubiere lugar entre las dos pensiones e igualmente a descontar los valores que corresponda en su caso, y así mismo, realizar los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud, motivo este por el que se confirmará la decisión de primer grado.

Así se decidirá. Sin costas en la instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia corren a cargo de la parte accionada, dadas las resultas del proceso.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

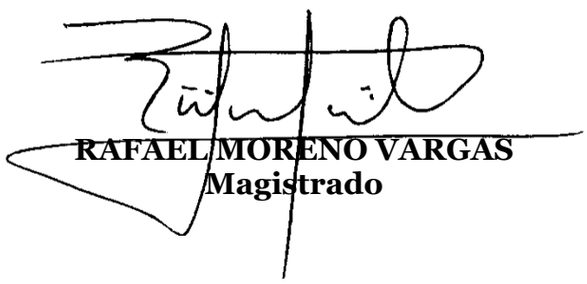
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia de primer grado, en el sentido de establecer que el retroactivo pensional calculado entre el 08 de febrero de 2021 al 31 de julio de 2021, asciende a la suma de $10.001.348, sin perjuicio del que en lo sucesivo se siga causando. En lo demás se confirma la decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARTHA RUTH GRISALES JIMENEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y OTROS. Rad. 110013105-027-2017-00282-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de las accionadas, AFP PORVENIR Y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de mayo de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora MARTHA RUTH GRISALES JIMENEZ, promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad del traslado del RAIS realizada inicialmente del extinto Instituto de Seguros Sociales hoy sustituido por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR. Que se declare que para todos los efectos legales se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES. En consecuencia, que se condene a la AFP del RAIS a trasladar el total de los aportes realizados junto con todos los rendimientos causados, bonos pensionales, y sumas adicionales con los respectivos intereses a COLPENSIONES. Finalmente, que condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho, así como lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó haber nacido el 26 de noviembre de 1960. Que estuvo afiliada al RPMPD desde el 26 de febrero de 1981, hasta el 28 de febrero de 1995 y cotizo un total de 626 semanas al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993. Que al momento de trasladarse al RAIS había efectuado aportes por un total de 673 semanas cotizadas. Manifestó que la entonces Administradora de Fondos de Pensiones HORIZONTE la invitó a trasladarse de Régimen de Pensiones, traslado que se hizo efectivo en marzo de 1995. Sumado a ello, para motivar el traslado el vendedor de PORVENIR le dijo que el ISS desaparecería, insinuándole que su pensión estaría en riesgo de perderse y que se pensionaba antes y mejor en PORVENIR, aunado a ello, no se le informo que el monto de su mesada pensional sería inferior en más de un 70% a lo que devengaría en caso de haber continuado con el RPMPD. Indicó que al momento de trasladarse al RAIS tampoco le informaron que su regreso al RPMPD estaría sometido a unos términos de permanencia y que en algún momento NO podría regresar al mismo. Adicional a esto, al momento de trasladarse al RAIS no le informaron las diferencias entre los dos regímenes en cuanto a los requisitos de edad y tiempo cotizado, la diferencia en el monto de la mesada pensional, los efectos de rendimiento financiero de las inversiones de las AFP en el valor de su mesada pensional de acuerdo a la fluctuación del mercado, entre otras de las características del Régimen al cual se estaba trasladando, sin mencionar que tampoco le informaron que su pensión se determinaría por un cálculo actuarial y mucho menos, lo que ello significaba. Manifestó que omitió el deber de información al ser experta en el tema, porque si hubiera recibido la información necesaria, suficiente, eficaz, completa, oportuna y comprensible de las reales implicaciones del traslado, dicho traslado no se hubiese efectuado. Finalmente, se enteró del engaño al que había sido sometida cuando solicito a PORVENIR un estimativo del valor de la pensión, comparando con el valor de la pensión que le correspondería con COLPENSIONES, el resultado fue categórico en PORVENIR le esperaba una pensión del 17% de su IBC mientras que en COLPENSIONES obtendría un 72% de esa base. Al enterarse del engaño se elevó la solicitud de retorno al RPMPD y esta le fue denegada (fls. 3 a 12).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando que se presentó la solicitud de traslado de régimen cuando faltaba menos de 10 años para adquirir el estatus de pensionada razón por la cual debe continuar afiliada a PORVENIR; añadió que el traslado del RPMPD al RAIS se realizó con voluntad de la cotizante quien por voluntad propia solicitó el traslado, así mismo aseguró que su afiliación en el año 1998 a la AFP PORVENIR S.A., fue

totalmente válida puesto que no se presentaron vicios de consentimiento como error, dolo, violencia, lesión o incapacidad al momento de suscribir el formulario de traslado, en consecuencia no existió la nulidad que se pretende hacer valer. Formuló como excepciones de fondo, las de «inexistencia de la obligación», «buena fe», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 47 a 55).

La **AFP PORVENIR**, dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones, manifestando que el traslado de régimen pensional efectuado, no se hizo en contra de una prohibición legal y al contrario se dio en cumplimiento a los lineamientos legales establecidos. Resaltó que se efectuó la afiliación ante AFP PORVENIR S.A. el día 14 de febrero de 1995, como traslado de régimen pensional, acto de afiliación que obedeció de una decisión libre, espontánea y voluntaria, y por lo tanto, no mediaba fundamento fáctico ni legal que permitiera declarar la ineficacia de la afiliación. Formuló las excepciones de fondo que denominó como «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa», «innominada o genérica», «inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones» y «debida asesoría al fondo» (fls. 80 a 88).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el 03 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por AFP PORVENIR S.A. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a la administradora de pensiones y cesantías COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la señora MARTHA RUTH GRISALES JIMENEZ como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de pensión mínima. Condenó a COLPENSIONES a tener válidamente afiliada a la señora MARTHA RUTH GRISALES JIMENEZ al RPMPD como si nunca se hubiese trasladado y a recibir los dineros trasladados por la AFP PORVENIR. Condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la AFP PORVENIR S.A. no cumplió con su carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría a la afiliada al momento de solicitar su traslado de régimen, máxime, cuando no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, observando como

única prueba el formulario de afiliación, razón por la cual, aseveró no era posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría brindada por el asesor comercial al momento de su traslado de régimen pensional. Por lo expuesto, concluyó que las codemandadas incumplieron su deber de información, buen consejo y asesoría vulnerando los principios mínimos de trasparencia que deben de gobernar la movilidad entre regímenes pensionales.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación, el cual sustentó, indicando que el traslado efectuado por la actora a la fecha sigue teniendo validez, que la demandante nació el 26 de noviembre 1960 lo que significa que ya cumplió la edad para pensionarse razón por la cual no puede trasladarse de régimen conforme a la ley 797 de 2003 en su artículo 2°. Solicito tener en cuenta que la señora contaba con el plazo para trasladarse de fondo antes de cumplir la edad para pensionarse y que dicha solicitud no la hizo en el término legal, por lo tanto, solicita que se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Por su parte, la accionada **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación, argumentando que el simple deseo de la afiliación plasmado por escrito era el único requisito para considerarse afiliado al RAIS, así mismo estableció que la selección de régimen implica la aceptación de las condiciones propias para acceder a la pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia y demás prestaciones económicas a que haya lugar. Agregó que no hubo acto de retracto en ningún momento ni manifestación alguna en más de 20 años por parte de la afiliada a PORVENIR. Señaló que según el artículo 899 del Código de Comercio será totalmente nulo el negocio jurídico cuando se contrarié una norma imperativa, cuando algún acto tenga alguna causa u objeto licito, cuando se haya celebrado con alguien incapaz; y en el presente asunto, de lo debatido no se apreció ninguna de esas condiciones, así mismo, no se apreciaron vicios en el consentimiento como error, fuerza y dolo. Así mismo quedo probado dentro del proceso que el accionante no era beneficiario del traslado de régimen al tener menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Agregó que en el presente asunto sí pera la prescripción, por cuanto no está en riesgo el derecho de la pensión del afiliado, pues lo que pretende es que se aplique una forma diferente de liquidar la pensión; y que no era posible decretar la nulidad por el simple hecho que una prestación de pensión sea superior en el RPM que en el RAIS. Indicó que el RAIS es financieramente sostenible, que el RPMPD ahonda un hueco fiscal. Finalmente solicitó que se revocara el numeral 2 en lo atinente a reintegrar los gastos de administración, dado que se van a devolver los aportes con

rendimientos; además de dichos gastos de administración, la misma afiliada se ha visto beneficiada con el seguro previsional, de modo que a su juicio con tal condena habría un enriquecimiento injusto por parte de la administradora.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los apoderados judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR, presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada. De igual forma, la parte actora presentó alegatos en procura de que se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 13 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 26 de noviembre de 1960, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2017, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 28 de abril de 2017 (fls. 15), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 626 semanas cotizadas al ISS (fl. 151), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 14 de febrero de 1995 (Fl. 16), específicamente, conforme al formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo 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 de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en

manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 16), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., antes HORIZONTE, omitió en el momento del traslado de régimen (14 de febrero de 1995, fl. 16), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que los fondos privados en los que estuvo afiliados no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ*

SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, quedan resueltas tanto las apelaciones como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

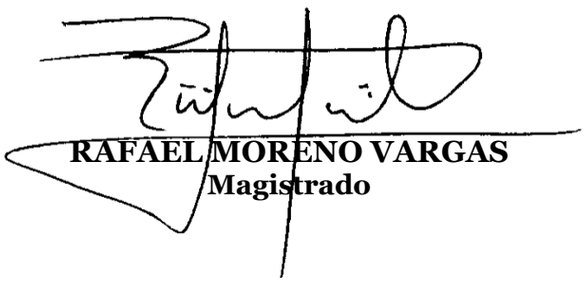
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

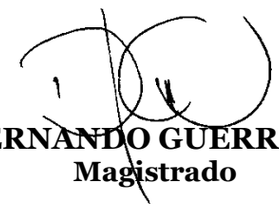
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUZ MARINA FLOREZ LA ROTTA contra COLPENSIONES, AFP'S COLFONDOS, OLD MUTUAL Y PROTECCIÓN. Rad. 110013105-026-2019-00580-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y la accionada AFP Old Mutual, contra la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de abril de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **LUZ MARINA FLOREZ LA ROTTA** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RMPDP al Régimen de Ahorro Individual – RAIS efectuado por la AFP COLFONDOS en el mes de julio de 1994, por haber sido inducida a un error. Igualmente, se declare la ineficacia de los traslados horizontales efectuados a SKANDIA y PROTECCIÓN. En consecuencia, se ordene a OLD MUTUAL a trasladar todas las sumas que hubiera recibido con motivo de su afiliación a COLPENSIONES, quien deberá reactivar su afiliación. Se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho, así como a lo Ultra y Extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 28 de septiembre de 1963 e inició a pagar aportes al Instituto de Seguros Sociales -ISS desde septiembre de 1988 hasta junio de 1994, momento en el que se afilió a la AFP

COLFONDOS, luego de que los asesores del fondo le señalaran que tendría más beneficios allí, omitiendo realizar una proyección pensional y brindar una información completa sobre las características de uno y otro régimen, así como las implicaciones de su decisión. Afirmó que para la fecha del traslado de régimen tenía una expectativa legítima de adquirir una pensión de vejez en condiciones más favorables. Explicó que en el año 2004 realizó su afiliación a la AFP SKANDIA, empero, en septiembre de 2009 retornó a la AFP COLFONDOS, donde cotizó hasta el 2011 dado que se afilió a la AFP PROTECCIÓN, finalmente, regresó a la AFP OLD MUTUAL en octubre de 2014. Aseguró que en ninguno de las asesorías brindadas por los fondos privados, recibió una proyección pensional o una información clara y concreta sobre los riesgos y beneficios de su traslado de régimen, por lo que continúo persistiendo el error en su consentimiento, propiciado por la AFP COLFONDOS. Aseveró que solicitó ante la AFP OLD MUTUAL una proyección de su mesada pensional, encontrando que en el RAIS obtendría una pensión de $3.624.299 pesos, mientras que el RPMPD, aquella ascendería a $5.748.384 pesos. Agregó que el 25 de junio de 2018 presentó solicitud de traslado de régimen ante COLPENSIONES, elevando petición en el mismo sentido ante OLD MUTUAL el día 22 de junio de 2018, empero, las entidades negaron su pedimento por improcedente (fls. 58 a 69).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP COLFONDOS**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que le brindó a la demandante una asesoría y re-asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones del traslado de régimen, las ventajas y desventajas de cada régimen y las diferencias entre cada uno de ellos. Señaló que la ineficacia contenida en la Ley 100 de 1993 sólo prevé aquel caso en el que la afiliación proviene de una persona diferente al trabajador o cuando medió coacción o presión en la celebración del acto, aclarando que ninguno de esos supuestos se presentó, dado que la actora suscribió con su puño y letra el formulario de afiliación a la AFP, de manera libre y voluntaria, tal como quedó consignado en dicho documento. Arguyó que no existe razón para declarar la ineficacia de la afiliación, teniendo en cuenta que no se vulneró el derecho pensional de la accionante, pues aquella tiene la posibilidad de obtener una pensión en el RAIS, siempre que cumpla con los requisitos. Manifestó que no es procedente declarar la ineficacia de un acto celebrado hace 24 años, pues la actora no manifestó su inconformidad, ni regresó al RPMPD en el término que la ley concede. Mencionó que la parte actora no explicó en qué consistió el vicio del consentimiento alegado, aclarando que en caso de tratarse de un error de derecho no se produce un vicio del consentimiento, conforme con el artículo 1508 del Código Civil. Formuló como

excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «no existe prueba de causal de nulidad alguna», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «buena fe», «compensación y pago», «saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero» y «nadie puede ir en contra de sus propios actos» (Fls. 160 a 184).

La **AFP PROTECCIÓN**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, arguyendo para tal fin que, la afiliación de la actora fue exenta de vicios en el consentimiento y libre de coacción, por lo que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y espontánea, documento que encarna un verdadero contrato que creo derechos y obligaciones en cabeza de las partes. Aseveró que la AFP respetó el derecho de libre escogencia del régimen de la actora conforme con la Ley 100 de 1993, de allí que firmó el formulario de afiliación en los términos del artículo 114 de la misma norma. Afirmó que no es posible declarar la ineficacia de la afiliación por la forma en cómo se liquida la pensión de vejez, dado que es una formula consagrada legalmente. Agregó que el traslado de régimen de la demandante fue efectuado antes de que los fondos tuvieran el deber de asesoría, dado que ocurrió en 1995, expresando que no es posible imponer a la AFP deberes que para esa data no tenía a su cargo. Señaló que la actora no hizo uso de su derecho de retracto, ni regresó al RPMPD en la oportunidad que la ley le concedió, por lo que no es suficiente que después de 20 años se declare la ineficacia de la afiliación. Como excepciones de fondo, formuló las de «traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP´s convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen», «inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «traslado de aportes», «aprovechamiento Indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones» e «innominada o Genérica» (fls. 189 a 203).

La **AFP OLD MUTUAL S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la parte actora sólo mencionó falencias aparentes al momento del traslado de régimen, siendo necesario explicar y probar en qué consiste el vicio del consentimiento alegado. Aseveró que la afiliación de la demandante al fondo no produjo el cambio de régimen, sino de administradora, pues aquella realizó más de seis traslados horizontales. Agregó que cuando la actora realizó su segunda afiliación a la AFP estaba inmersa en la prohibición de traslado de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por tener 51 años de edad. Expuso que la información reclamada por la accionante está contemplada en la ley, de forma que aquella debió probar que la normatividad

vigente al momento del traslado no era suficiente para que tomara una decisión libre, voluntaria, espontanea e informada. Señaló que la elección libre y voluntaria de la demandante, se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995. Formuló las excepciones de fondo que denominó como «prescripción», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «buena fe» y «genérica» (Fls. 244 a 264)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el traslado efectuado por la actora al RAIS, se efectuó de forma libre y voluntaria, aunado a que el asesor de fondo privado brindó información clara, precisa y completa sobre los efectos jurídicos de su decisión. Resaltó que la parte actora no acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento, verbigracia, error, fuerza o dolo, en consecuencia, no procede la declaratoria de nulidad de la afiliación. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «presunción de legalidad de los actos administrativos» (Fls. 290 a 301).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 08 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, en consecuencia, condenó a la AFP OLD MUTUAL a trasladar la totalidad de los aportes y rendimientos financieros, sin descuento alguno por gastos de administración a COLPENSIONES, quien deberá recibir el traslado y contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante. Condenó en costas a COLFONDOS.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ y al CGP, la AFP debe probar que brindó al afiliado información completa sobre los riesgos y ventajas del traslado, de tal suerte, que aquel pueda actuar bajo los parámetros de un consentimiento informado, so pena de declarar la ineficacia del acto. Asimismo, explicó que las AFP desde su creación tienen la obligación de informar a los afiliados, precisando que el grado de ese deber ha cambiado con el paso del tiempo hasta llegar a exigir el buen consejo y la doble asesoría. En ese sentido, no encontró que las accionadas hayan informado a la demandante, sobre las características propias del RAIS, así como beneficios, desventajas y condiciones de cada régimen pensional, precisando que el

formulario de afiliación sólo contiene datos generales de la actora, de modo que no permite establecer la información brindada al momento del traslado, aunado a que, según dedujo del interrogatorio de parte de la accionante, la AFP no informó a aquella las características de cada régimen, los factores que se tienen en cuenta para el reconocimiento y pago de la pensión, así como la garantía de pensión mínima. Precisó que pese a que la demandante realizo varios traslados horizontales, ello no prueba que conociera las diferencias entre el RPMPD y el RAIS, contrario sensu, dedujo que su permanencia allí demostraba que no las conocía.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la demandante, presentó recurso de apelación parcial, argumentando que si bien COLFONDOS fue la administradora que realizó el traslado de régimen de la demandante, las AFP`S PROTECCIÓN y OLD MUTUAL deben ser condenadas en costas, toda vez que se opusieron a las pretensiones y formularon excepciones. Solicitó se aplique el artículo 365 del CGP, en el sentido de condenar en costas a las referidas accionadas.

La apoderada judicial de la demandada **OLD MUTUAL** presentó recurso de apelación parcial, argumentando que en caso de retrotraer todo al estado inicial, la demandante no hubiera recibido rendimientos financieros, dado que en el RPMPD no se generan tales emolumentos, los cuales, a su juicio pueden ser mayores a los descuentos que se realizaron por gastos de administración. Señaló que los gastos de administración son la contraprestación por el servicio que recibió la demandante, los cuales también son descontados en el RMPD. Explicó que una parte de los gastos de administración fue destinada al pago de los seguros de invalidez y sobrevivencia, mientras que lo demás corresponde a un descuento autorizado por la ley a favor de las administradoras de pensiones de ambos regímenes. Señaló que si bien es cierto, la devolución de los gastos de administración busca proteger a COLPENSIONES, es menester tener en cuenta que dichos emolumentos solo van a beneficiar a la actora. Solicitó revisar el fallo, específicamente en la orden de devolver los gastos de administración.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el libelo introductorio,

argumentando que no es procedente ordenar el traslado de régimen de la actora. Los demás sujetos del proceso guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en

vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 26 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 28 de septiembre de 1963, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2020, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES y OLD MUTUAL, el 25 de junio de 2018 y el 22 de junio de 2018, respectivamente (fls. 40 y 45), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 263 semanas cotizadas al ISS (fls. 28 y 29), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 05 de septiembre de 1994 (Fl. 289), específicamente, conforme al formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo 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 de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 289), plasmado en el

formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (05 de septiembre de 1994, fl. 289), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que los fondos privados en los que estuvo afiliados no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ*

SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales en costas se refiere, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas en estricto sentido, las AFP'S indicadas en la alzada COLFONDOS, PROTECCIÓN y OLD MUTUAL, por lo que de acuerdo al artículo 66ª de la norma adjetiva laboral, procede la condena en costas en contra de los fondos privados mencionados. Por tal motivo se modificará la decisión en este aparte de la sentencia, para elevar condena contra dichas entidades.

En ese sentido, quedan resueltas tanto las apelaciones como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se revocará parcialmente la decisión de primer grado y se confirmará en lo demás. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

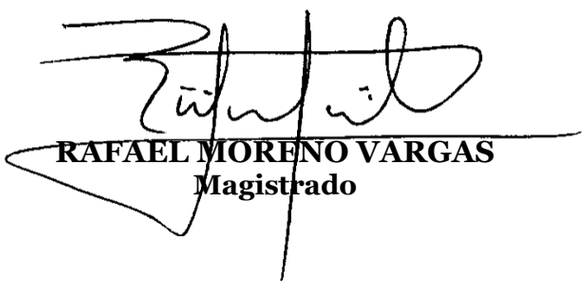
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL QUINTO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de precisar que la condena costas de primera instancia corre a cargo de las accionadas **COLFONDOS, PROTECCIÓN y OLD MUTUAL,** de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia. En lo demás se confirma.

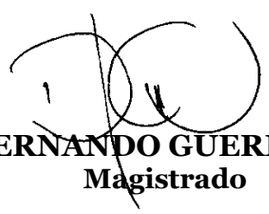
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

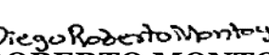
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por RICARDO ANTONIO CAICEDO BUSTOS contra COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-021-2019-00829-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación incoados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la parte accionada, COLPENSIONES y PORVENIR S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de mayo de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **RICARDO ANTONIO CAICEDO BUSTOS** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare como nula o ineficaz la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, se declare como afiliación válida, la hecha al Instituto de Seguro Social –ISS hoy COLPENSIONES., se ordene retrotraer los efectos de la afiliación, y en tal sentido, trasladar a COLPENSIONES la información y dineros aportados como si el traslado nunca se hubiere realizado. Asimismo, se condene al pago de las costas y agencias en derecho y a cualquier otra condena o reconocimiento que se haga en virtud de la facultad de fallar ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 20 de enero de 1953, por tanto, cumplió 40 años de edad en el año 1993 y 60 años de edad en el

2013. Indicó que, dada su fecha de nacimiento, antes del 01 de abril de 1994 ya contaba con más de 40 años de edad, por lo tanto, fue objeto del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Mencionó que, desde el inicio de su vida laboral, perteneció al Régimen de Prima con Prestación Definida -RPMPD, donde previo a su traslado completó más 705 semanas de cotización. Resaltó que su último periodo de cotización al RPMPD, fue en septiembre de 2000. Adujo que se afilió al Régimen de Ahorro Individual a partir del periodo octubre de 2000 en PORVENIR. Mencionó que, tanto en la afiliación inicial, como en el transcurso de la vinculación con los fondos de pensiones demandados, no recibió ninguna asesoría que le permitiera evaluar sus condiciones pensionales, pues sólo recibió información que le motivara a afiliarse y mantenerse en el RAIS. Precisó que, dentro de la información proporcionada por el fondo privado de pensiones, se presentaron argumentos como la desaparición del RPMPD, el riesgo de impago de las pensiones pagadas por el ISS, y la definitiva ventaja económica de ser pensionado por el Régimen de Ahorro Individual. Expresó que, conforme a la proyección de pensión entregada por el demandado, a la edad de 65 años, tendría una pensión de $1.454.200, que no corresponde al 18% de su IBL. Agregó que, en caso de haber permanecido, o haber regresado al RPMPD, su pensión sería calculada conforme el régimen de transición del Decreto 758 de 1990 o bajo los parámetros de la Ley 797 de 2003, frente a un IBL de $8.342.010. Manifestó que solicitó ante COLPENSIONES el día 14 de febrero de 2019 la anulación de afiliación y esta petición fue contestada en esa misma de forma negativa, negando la petición. Finalmente anotó que también solicitó a PORVENIR la anulación o ineficacia de la afiliación, siendo contestada negativamente por medio de comunicación del 27 de febrero de 2019 (Fls. 1 a 15).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrido en error faltando al deber de información por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, asimismo, agregó que no se evidenció dentro de las solicitudes, nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, señaló que por el contrario las documentales se encuentra sujetas a derecho, precisando que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, de igual manera se opuso a retrotraer los efectos de la afiliación, y en tal sentido trasladar a

COLPENSIONES la información y dineros aportados como si el traslado nunca se hubiere realizado, toda vez, que es una pretensión encaminada a la afectación de sus intereses. Añadió para el 14 de febrero de 2019, fecha de la solicitud ante Colpensiones de su traslado, contaba con 66 años, encontrándose dentro de una prohibición legal, añadió que el accionante no hizo uso de los derechos de los afiliados, esto es, el retracto, el cual le daba la posibilidad de dejar sin efecto su elección, ya sea del régimen pensional o de administradora. De otro lado, adujo que, al momento de la afiliación al RAIS, se encontraba frente a una mera expectativa, pues como se desprende de los hechos y de las pruebas documentales, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el actor contaba con 41 años, pero no tenía el requisito de las semanas o tiempo de servicio, para querer regresar al RPM en cualquier tiempo. Formuló como excepciones de fondo las de «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en institución administradoras de seguridad social del orden público», «innominada o genérica» (Fl. 57).

Por su parte, la **AFP PORVENIR S.A.,** una vez notificada guardó silencio, por lo que se tuvo como no contestada la demanda (fl. 65 Vto.).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 14 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor RICARDO ANTONIO CAICEDO BUSTOS del RPMPD al RAIS el 11 de septiembre del año 2.000, con fecha de efectividad 01 de noviembre del año 2000, por medio de la AFP PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPMPD administrado por COLPENSIONES, de la misma manera, condenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante como aportes pensionales y cotización, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados a la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del demande, así también, condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación del actor en el RPMPD y actualizar su historia laboral, en tal sentido, declaró no probadas las excepciones propuestas por la accionada COLPENSIONES. Finalmente condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral la carga de la prueba de demostrar que se brindó la información recae en el fondo y ello no se logró acreditar en el proceso, aunado a que la accionada PORVENIR no contestó la demanda, lo que constituyó un indicio grave, por lo que tampoco demostró la información que dio; frente al formulario de afiliación no hubo discusión que fue firmado voluntariamente, sin embargo, consideró que, si bien es cierto, dicho documento tiene una leyenda pre impresa en donde consta el consentimiento libre y voluntario del afiliado, ello no es válido para concluir que efectivamente se suministró la información en los términos que lo indica la reiterada jurisprudencia. Agregó que el interrogatorio de parte practicado demostró que el demandante solamente conocía ciertas características propias del RAIS siendo algo impreciso, sin embargo, explicó que cuando se le preguntó acerca del RPMPD, el actor fue contundente al indicar que no conocía en qué consistía dicho Régimen, lo que dio a entender que no se le informó sobre las características del mismo, resaltó que la jurisprudencia ha sido determinante en indicar que se deben conocer las características específicas de ambos tipos de Regímenes, ya que se deben conocer de estos ventajas, desventajas, conveniencias, características y condiciones de los dos regímenes pensionales donde esas premisas normativas han implicado que se puede entender la lógica de un sistema confidente al otro, no pudiendo pretender que sin conocer las características de uno y otro régimen se pudiera evidenciar que el accionante sabia de las ventajas y conveniencia entre un Régimen y otro, agregó, que cuando se le preguntó al accionante sobre el monto de la pensión y el régimen de transición, afirmó no recordar que le suministraran esa información. Adujo, la Corte Suprema en diferentes pronunciamientos ha señalado que no es necesario tener derechos adquiridos o ser beneficiario del Régimen de pensión para tener derecho a recibir la información, pues no hay justificación constitucional que lo permita, incluso, anotó que consideró que si el legislador no ha hecho ningún tipo de distinción, el deber de información va para todos los afiliados, no obstante, no se podía perder de vista que el demandante al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994 ya tenía más de 40 años de edad, lo que en principio lo haría beneficiario del Régimen de transición, ya que el traslado se dio en el año 2000, por tanto era aún más importante asesorar al demandante sobre las implicaciones de los regímenes para poder comparar entre ambos regímenes y decidir con certeza cual le era más conveniente lo cual no fue evidenciado, en ese sentido, el Juzgado concluyó que no se acreditaron los requisitos y las condiciones establecidas por parte de las demandadas para declarar valido el traslado, precisó que la decisión no fue sustentada en error, fuerza o dolo, sino que no se probó el deber de información,

quedando dicho acto sin efectos. Mencionó que así hubiera dicho el demandante en el interrogatorio que lo que lo motivaba era el valor de la pensión, ello no tuvo una implicación directa en la decisión, en el entendido que lo que se dirime es la falta de información al momento del traslado, finalmente, no encontró acreditada la excepción de descapitalización del sistema presentada por COLPENSIONES, en el entendido que la orden era que se trasladaran todos los dineros que ingresaron a la cuenta de ahorro individual como si hubieran ingresado al Instituto de Seguros Sociales con destino a COLPENSIONES y de esta forma se buscaba ese equilibrio, tampoco encontró viable declarar la excepción de prescripción porque tratándose de pretensiones declarativas y los derechos que nacen de ellas, son de naturaleza imprescriptible.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de la **AFP PORVENIR S.A.**, apeló la decisión parcialmente, señaló que en cuanto a la condena de gastos de administración, estos descuentos se realizaron mes a mes, en virtud de la normatividad vigente, con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 7 de la ley 797 del 2003, donde se indica que estos gastos de administración se generan en ambos regímenes y en el presente caso no se evidencia ningún detrimento que haya generado algún perjuicio, ni que le haya generado ningún descuento al afiliado, contrario a ello denotó un incremento producto de la gestión del fondo privado, igualmente, los conceptos pagados a las aseguradoras, sumas pagadas con el objetivo de cumplir contingencias derivadas de la invalidez y muerte, y en caso hipotético que esto hubiera acontecido, los mismos hubiesen nacido a la vida jurídica, mientras estuvo amparada al régimen privado, por lo tanto, no existe lugar a la devolución de estos rubros a COLPENSIONES, pues se estaría generando un detrimento patrimonial a la entidad y un enriquecimiento sin justa causa por parte de COLPENSIONES; agregando además, que la condena enfocada a los gastos de administración, no fue una conducta caprichosa sino que se hizo en cumplimiento de la normativa vigente, por lo que solicitó no ser condenada en costas y se revoque parcialmente el fallo.

A su vez, la apoderada judicial de **COLPENSIONES**, apeló la decisión con el fin de que se revoque en su totalidad, arguyendo para tal efecto que, se evidenció que el demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su literal b, añadió se apartó de la postura del Despacho respecto del interrogatorio de parte, puesto que el actor fue renuente a las preguntas que se le hicieron respecto de las características del RAIS, ventajas y desventajas aduciendo que no recuerda la

información. Evidenció que, en ciertos momentos, éste mismo, manifestó que conoce algunas características de este Régimen, pero al hacerle preguntas puntuales dijo no recordar una y otra vez, tanto es así que, manifiesta que no tiene presente los diálogos con las preguntas que le dieron al momento de la asesoría que se le dio por lo que no resulta lógico que 20 años después alegue una falta de información. Respecto de la carga de la prueba, en el presente caso no existe prueba que permitieran acreditar si existió algún vicio de consentimiento, sin embargo, en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en lo que trata de la responsabilidad del deudor, no se analiza quién es el deudor y quién es acreedor en un contrato de afiliación, pues es el afiliado el que le debe al fondo la realización de sus aportes y sólo hasta que se pensione se invierten las partes, por lo cual, el fondo de pensiones no es a quién le compete la carga de la prueba, pues existe una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil. Recordó que fue imposible probar hechos ocurridos para el año 2000, ya que han transcurrido más de 20 años y nadie está obligado a lo imposible; respecto al deber de información, indicó, los fondos cuentan únicamente con el consentimiento vertido en los formularios de afiliación para poder probar el conocimiento libre voluntario, ello con base en las leyes que surgieron entre el año 1993 a 2014. Por otra parte, el demandante no es beneficiario del régimen de transición pues, aunque a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 contaba con la edad requerida, no contaba con las 750 semanas al sistema de lo que se concluye que no tenía una expectativa real sobre su derecho a la pensión para poder regresar al régimen de prima media en cualquier momento.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las demandadas PROVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. A su turno, la parte actora presentó alegatos de conclusión solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como

consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 23 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 20 de enero de 1953, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del 2015, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 14 de febrero de 2019, es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 607,14 (fl.24) semanas cotizadas al ISS, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 11 de septiembre de 2000 (Fl. 30), específicamente, conforme al formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo 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 de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 30), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión

consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (11 de septiembre de 2000), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a las recurrentes, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «*en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima*».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse

a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar que tampoco tiene incidencia que el demandante sea o no beneficiaria del régimen de transición (que lo es) o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultó vencidas en estricto sentido la AFP recurrente, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas.

En ese sentido, quedan resueltas tanto las apelaciones como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

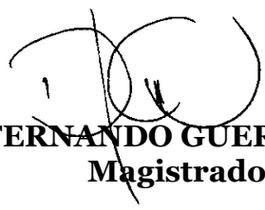
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por BLANCA NUBIA REY CUBILLOS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-001-2018-00180-01.

Con la finalidad de resolver los recursos interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas Colpensiones y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de junio de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **BLANCA NUBIA REY CUBILLOS**, pretende se declare la afiliación al régimen de ahorro individual-RAIS, administrado por PORVENIR S.A. en el mes de junio de 1994, al estar viciado su consentimiento por falta de asesoría. En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad del capital de su cuenta de ahorro de individual, incluidos los rendimientos a COLPENSIONES, quien deberá activar su afiliación y actualizar su historia laboral. Se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar su pensión de vejez, junto con las primas y aumentos legales, a partir de la fecha del cumplimiento del último requisito. Finalmente solicitó se condene a las accionadas a lo ultra y extra petita, junto con las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 20 de marzo de 1960 y efectuó su afiliación al RAIS, en el mes de junio de 1994, mediante la AFP

PORVENIR, momento en el que había cotizado 443 semanas al RPMPD. Aseveró que el fondo privado omitió informarle las implicaciones del traslado de régimen, así como las características y desventajas del régimen privado, aunado a que, no le suministró una proyección pensional, pese a que conocía su salario y número de semanas cotizadas. Señaló que al no recibir una asesoría integral sobre las diferentes opciones para su futuro pensional, decidió contratar una asesoría privada, por lo que descubrió que había sido engañada por la AFP PORVENIR S.A. Por lo anterior, explicó que el 27 de diciembre de 2017, elevó peticiones ante COLPENSIONES y PORVENIR, solicitando la nulidad del traslado de régimen, empero, ambas entidades negaron su pedimento (Fls. 1 a 33).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante es válido, por cuanto provino de una decisión libre de presiones o engaños, tal como quedó consignado en el formulario de afiliación, documento, que se presume autentico conforme con los artículos 243 y 244 del CGP. Aseveró que en tratándose de un sistema público y obligatorio, las condiciones y características de cada régimen pensional están estatuidas en la ley, sin que sea posible pactar algo diferente. Arguyó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado, de que trata la Ley 100 de 1993, por lo que no es procedente efectuar su traslado de régimen. Añadió que para el momento en el que se realizó el traslado de la accionante, según los lineamientos de la Superintendencia Financiera, sólo era necesario que el afiliado expresara su voluntad en la suscripción del formulario de afiliación al fondo de pensiones, de tal suerte que con ello se cumplía el único requisito para entender que la afiliación había sido valida. Propuso como excepciones las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «excepción genérica» (fls. 171 a 196).

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo que la parte actora no acreditó la falta al deber de información de la AFP PORVENIR, por ende, tampoco probó la existencia de un vicio en el consentimiento al momento del traslado de régimen. Señaló que la afiliación de la demandante al RAIS fue libre y voluntaria, por lo que aquella esta válidamente afiliada al fondo privado. Resaltó que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003. Presentó como excepciones las de «el régimen sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento», «prescripción», «cobro de lo no debido», «buena fe», «la parte demandante no

puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa», «inexistencia del derecho y la obligación», «no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del Sistema General de Pensiones» e «innominada o genérica» (fls. 215 a 220).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 08 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante al RAIS administrado por PORVENIR S.A., en consecuencia, ordenó a la AFP devolver a COLPENSIONES los aportes efectuados por la actora, junto con los rendimientos financieros e intereses, sin la posibilidad de descuento alguno. Ordenó a COLPENSIONES reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez, conforme con la Ley 100 de 1993, una vez se haya acreditado su desafiliación al Sistema General de Pensiones. Autorizó a COLPENSIONES descontar lo atinente al Sistema General de Salud, tanto del retroactivo como de las subsiguientes mesadas pensionales.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis que si bien no se acreditó la existencia de un constreñimiento sobre la actora al momento de suscribir el formulario de afiliación, lo cierto es que su decisión no estuvo precedida de una asesoría integral por parte del fondo privado, de tal forma que la entidad incumplió con su deber de información, dando lugar a la situación adversa de la accionante porque no pudo elegir de forma libre e informada la mejor decisión para su futuro pensional. Manifestó que la jurisprudencia de la SCL de la CSJ ha sostenido que las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar al afiliado una información completa, clara, comprensible y oportuna sobre las características de ambos regímenes pensionales, aclarando que el formulario de afiliación no acredita la existencia del consentimiento informado. Arguyó que la AFP no acreditó que hubiera brindado la información completa a la demandante, incluyendo las desventajas del cambio de régimen, por el contrario, halló que sólo le indicó las ventajas de su afiliación al RAIS. Explicó que la afirmación de la demandante de no haber recibido la información completa, clara y oportuna por parte de la AFP PORVENIR, corresponde a un supuesto negativo indefinido, por lo que le correspondía al fondo acreditar lo contrario, esto es, que brindó una asesoría completa, clara, comprensible y oportuna a aquella. Afirmó que en caso de que COLPESIONES deba asumir algún monto para financiar la pensión de vejez de la demandante, es procedente que inicie las acciones a que haya lugar contra PORVENIR S.A. De otro lado, precisó que de acuerdo con la Ley 100 de 1993, la demandante cumple con los requisitos para adquirir la pensión de vejez en el RPMPD, esto es, tiene más de 57 años de edad y ha cotizado al Sistema General de Pensiones

el total de 1.636 semanas en ambos regímenes. Para el efecto, señaló que es procedente el reconocimiento de la prestación en cuanto la demandante acredite la desafiliación al Sistema General de Pensiones, puesto que no es dable el disfrute pensional mientras sea una trabajadora dependiente.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, argumentando que pese a que la jurisprudencia de la SLC de la CSJ establece que en virtud de la carga dinámica de la prueba, las AFP están en mejor posición de probar que brindaron información, lo cierto es que lo que sucede es que se estudian las negaciones indefinidas como presunciones de hecho, agregando que la AFP es obligada a lo imposible, puesto que el traslado de la actora acaeció hace más de 25 años, momento en el que el único documento requerido para la validez del traslado era el formulario de afiliación, no obstante, a través de la jurisprudencia se le ha restado todo su valor probatorio, de tal forma que la AFP debe aportar pruebas que para esa data no se exigían. Explicó que si bien es cierto, la accionante no confesó haber recibido la información completa al momento del traslado, ello no quiere decir que haya sido así, puesto que ha transcurrido mucho tiempo y puede ser que no recuerde con exactitud las indicaciones que la AFP le brindó. Arguyó que las consecuencias deprecadas de la ineficacia son confundidas con diferentes instituciones jurídicas como las de la nulidad, explicando que la Corte Constitucional ha dicho que la ineficacia tiene las consecuencias que están previstas en la norma que la consagra, de tal forma que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 habla de que la ineficacia permite que el trabajador se afilie con libertad al régimen que considere pertinente, diferente a retrotraer las cosas a su estado inicial. Manifestó que conforme con las restituciones mutuas del artículo 1746 del Código Civil, la demandante no tendría derecho a los rendimientos financieros que se causaron por su permanencia en el RAIS, tal como se ordenó la devolución de los gastos de administración. Aseveró que el argumento para ordenar la devolución de los gastos de administración es evitar el detrimento patrimonial del RPMPD, no obstante a su juicio, es menester analizar si en realizar existe un detrimento, teniendo en cuenta que los dineros aportados se duplicaron. Expuso que el traslado de los gastos de administración viola los artículos 963 y 964 del Código Civil, dado que establece que los poseedores de buena fe no están obligados a restituir el capital que se haya desvalorizado, ni los frutos financieros, salvo cuando se trata de un poseedor de mala fe, circunstancia que no se acreditó. Finalmente, expresó que la jurisprudencia de la SCL de la CSJ ha reiterado que los hechos no prescriben pero los derechos que de ellos emanan sí están sujetos al fenómeno prescriptivo, de tal forma que los rendimientos financieros pueden

prescribir, dado que no están llamados a financiar la pensión. Solicitó que se revoque la sentencia en su totalidad.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, argumentando para tal efecto que la actora está inmersa en la prohibición normativa de traslado estatuida en la Ley 797 de 2003, por lo que el traslado de régimen efectuado por aquella goza de plena validez, máxime cuando la facultad de trasladarse de régimen estuvo en cabeza de la demandante y no lo ejerció. Afirmó que no se acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento, máxime cuando permaneció en el RAIS sin manifestar ninguna inconformidad.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. A tu turno la parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente

que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 36 del expediente obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 20 de marzo de 1960, por lo cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A., el 27 de septiembre de 2017 (fls. 50 y 55), es decir, cuando evidentemente ya había cumplido la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - 01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 434 semanas cotizadas al ISS (fl. 49), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 12 de mayo de 1994 (fl. 72), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.

---

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo 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 de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (12 de mayo de 1994), plasmado en el formulario de afiliación a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. (fl. 72), éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (12 de mayo de 1994, fl. 72), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto de apelación, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben ser retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos

montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que al permanecer vigente la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida es dable concluir que, de conformidad con la historia laboral aportada tanto por COLPENSIONES como por la AFP PORVENIR S.A., la accionante reporta para el mes de noviembre de 2019, fecha de su última cotización, un total de 1.636 semanas; de igual manera al haber nacido el 20 de marzo de 1960, arribó a 57 años de edad el mismo día mes del año 2017, cumpliendo así los requisitos para acceder la pensión de vejez, de conformidad con lo regulado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, normativa que regula en lo pertinente:

> *«ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*
>
> *1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*
>
> *2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*
>
> *A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015».*

Ahora bien, debe advertirse que en el presente asunto, la actora se encuentra activa laboralmente y cotizando al sistema pensional, de ahí que la prestación deba reconocerse una vez se efectúe el traslado completo en los términos descritos, tanto de los aportes como de los rendimientos y demás, por parte de PORVENIR S.A. y se constate el respectivo retiro del sistema, para ello COLPENSIONES a efectos del reconocimiento pensional, deberá reconocer la pensión de vejez a la que tiene derecho la demandante, calculando el IBL de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 tomando el más favorable, ya sea el de los 10 últimos años de cotizaciones o el de toda la vida laboral, aplicando la tasa de remplazo correspondiente en los términos del artículo 34 de la norma en cita.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo

de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

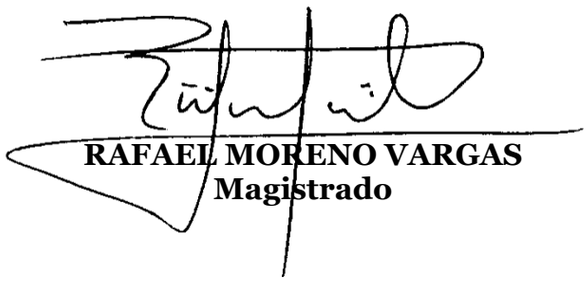
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por DANNIA YENITH CASTAÑEDA PERILLA contra FABRICAMOS SU SUDADERA LTDA. Rad. 110013105-028-2020-00006-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 31 de mayo de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **DANNIA YENITH CASTAÑEDA PERILLA** instauró demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare la nulidad del despido efectuado por FABRICAMOS SU SUDADERA LTDA, por cuanto esta cobijada por la estabilidad laboral reforzada, en consecuencia, se ordene su reintegro al mismo cargo. Igualmente, se condene a la demandada al pago de los salarios, primas de servicios y vacaciones desde el día de su despido hasta que se efectúe su reintegro. Finalmente, que se condene a la demandada a lo Ultra y Extra petita, más las costas procesales.

De manera subsidiaria, pretende se declare que el contrato fue finalizado sin justa causa por parte de la accionada, toda vez que se encuentra en estado de debilidad manifiesta. En consecuencia, se condene a la accionada al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, junto con la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que padeció cáncer de riñón, el cual fue tratado por medio de una cirugía realizada en marzo de 2017, no obstante, por recomendación médica debe realizar pausas activas de 5 a 10 minutos, no debe realizar actividades que requieran esfuerzo físico, ni levantar objetos pesados o agacharse. Expuso que celebró contrato de trabajo a término fijo por tres meses con la sociedad FABRICAMOS SU SUDADERA LTDA, para desempeñar el cargo de operaria de confección, en el cual desarrollaba funciones que no afectaban su estado de salud, no obstante, en junio recibió la orden de la señora Yadira Castellanos, jefe de recursos humanos de la accionada, de barrer todo el taller de confección, instrucción a la que se negó porque podía afectar su salud. Por lo anterior, la señora Castellanos le solicitó un certificado de la EPS donde constaran los cargos y funciones que podía desempeñar, empero, la accionada no respondió los requerimientos de la EPS ALIANSALUD para contestar la petición. Señaló que ante la insistencia de la EPS ALIANSALUD, la señora Castellanos redactó un documento para que lo radicara ante la entidad, en el que a su nombre desistía de la petición de las recomendaciones laborales, negándose a ello. Aseguró que, pese a que la empresa accionada conocía su estado de salud, el señor Gustavo Rincón Bernal finalizó de manera unilateral y sin previo aviso, su contrato de trabajo, tras enterarse de los requerimientos hechos por la EPS ALIANSALUD. Afirmó que su condición de debilidad manifiesta le impide conseguir un trabajo con las mismas condiciones, causando que sea su cónyuge quien asuma todas las obligaciones dinerarias, lo que afecta su mínimo vital porque incluso ha tenido que pedir préstamos a sus familiares para cumplir con el pago del canon de arrendamiento, alimentación y educación de sus hijos (Fls. 3 a 6).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad **FABRICAMOS SU SUDADERA LTDA,** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que la terminación del contrato obedeció al vencimiento del plazo pactado, es decir, una causa legal, toda vez que el contrato de la actora era a término fijo. Manifestó que al momento de la terminación del vínculo, pagó a la actora la liquidación laboral, en la que incluyó todas las acreencias laborales a favor de aquella. Aseveró que el estado de debilidad manifiesta argüido por la demandante, surge de una apreciación subjetiva que no tiene sustento legal, ni probatorio. Señaló que tal como la manifestó la demandante, su enfermedad fue tratada con éxito, aunado a que no está cobijada por la estabilidad laboral reforzada, toda vez que al momento de la terminación del contrato, aquella no estaba incapacitada, ni en proceso de calificación, ni

discapacitada, ni en tratamiento médico alguno, ni tuvo incapacidades durante la relación laboral, aclarando que las citas de control no dan lugar a la protección pretendida. Señaló que el 28 de diciembre de 2018 recibió las recomendaciones laborales que la EPS ALIANSALUD emitió con respecto a la demandante, en las que sólo aconsejó realizar pausas activas, instrucción que es hecha a todos los trabajadores por estar consignada en el artículo 5 de la Ley 1355 de 2009. Explicó que la orden impartida por la señora Castellanos hace parte de las obligaciones de los trabajadores de la empresa, dado que es su obligación mantener limpia su área de trabajo, conforme con el Programa de Orden y Aseo de la empresa. Respecto de las pretensiones subsidiarias, precisó que la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sólo es procedente cuando la terminación del contrato guarda relación con la discapacidad del trabajador, circunstancia que no ocurrió porque el contrato laboral de la accionante finalizó por el vencimiento del plazo pactado. Explicó que la demandante inició a laborar para la empresa desde el 01 de febrero de 2018 mediante un contrato a término fijo inferior a un año que finalizó el 01 de julio de la misma anualidad, renovándose automáticamente hasta el 30 de octubre de 2018, empero, cumpliendo el termino legal, avisó a la actora que su contrato no sería renovado, por lo que suscribió un nuevo contrato a término fijo inferior a un año por dos meses con fecha de finalización del 21 de diciembre de 2018, procediendo a dar aviso sobre el ánimo de no prorrogar el contrato mediante la comunicación fechada del 20 de noviembre de 2018. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de las obligaciones reclamadas», «buena fe» y «prescripción» (Fls. 43 a 54).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 31 de mayo de 2021, absolvió a la sociedad FABRICAMOS SU SUDADERA LTDA de todas las pretensiones incoadas en su contra y declaró probada la excepción de «inexistencia de las obligaciones reclamadas».

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 tiene la vocación de evitar que la situación de discapacidad de un trabajador sea un motivo para que el empleador termine el contrato, es decir, que lo que busca es evitar que la finalización del vínculo lleve inmersa una situación de discriminación. Expuso que el desarrollo jurisprudencial de las Altas Cortes ha sido óbice para determinar los factores que han de tenerse en cuenta para declarar la ineficacia del despido, esto es, que el trabajador padezca una discapacidad de grado moderado o severo profundo, independientemente de su origen, aunado a que el

empleador tenga conocimiento de tal situación y aun así termine unilateralmente y sin justa causa la relación laboral, sin mediar autorización del Ministerio del Trabajo. Afirmó que conforme con la línea jurisprudencial, al trabajador le corresponde probar su discapacidad o el padecimiento que impide el normal desarrollo de sus funciones, caso en el que el despido se presume discriminatorio y compete al empleador demostrar que existió una justa causa para dar por finalizada la relación laboral. Precisó que el alcance de la protección constitucional cobija a quienes sufren una enfermedad que les impide el normal desarrollo de sus funciones, haciendo que surja una condición de debilidad manifiesta, toda vez que son sujetos que no están dispuestos a perder su empleo porque se dificulta la consecución de otro trabajo que esté acorde a sus capacidades. En ese orden, recordó que la demandante aceptó que un año antes de entrar a la empresa fue sometida a una cirugía de riñón exitosa, por lo que después de la intervención gozó de excelente estado de salud, sin tener ninguna limitación médica para realizar su trabajo o incapacidad, no obstante, aclaró que no perseguía el reintegro sino el respeto de sus derechos porque la accionada le había prometido que seguiría laborando allí, lo que no ocurrió porque en enero de 2019 fue despedida sin justa causa, luego de que la empresa recibió las recomendaciones médicas de su EPS. Precisó que se allegó la historia clínica de la actora en la que se muestra que fue sometida a una cirugía antes de iniciar su relación laboral con la accionada, así como la carta de recomendaciones médicas de la EPS recibida por la empresa el 28 de diciembre de 2018. En consecuencia, encontró que no se acreditó que, al momento de la terminación del contrato, la actora estuviera en medio de un tratamiento médico o incapacidad, y menos aún que padeciera algún quebranto de salud significativo que impidiera el desempeño de sus funciones, circunstancias que descartan la protección de la estabilidad laboral reforzada a favor de aquella, pues como lo refirió en el interrogatorio gozaba de buena salud y no fue incapacitada en ninguna oportunidad. Recordó que la empresa conocía el estado de salud de la actora para el momento de la vinculación, evidenciando que la entidad no desplegó actos discriminatorios en contra de aquella. Expuso que el contrato de trabajo fue finalizado por el vencimiento del plazo pactado, concluyendo que la terminación no devino de un acto discriminatorio, sino de la ocurrencia de una justa causa estatuida en el CST, máxime cuando la accionada envió oportunamente el preaviso a la accionante informando su deseo de no renovar el contrato.

Respecto de las pretensiones subsidiarias, argumentó que se demostró que el vínculo finalizó por una justa causa legal, esto es, el vencimiento del plazo pactado, en consecuencia, no encontró procedente el pago de las indemnizaciones reclamadas.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en el libelo contestatorio, solicitando ser absuelta de todas las pretensiones. De otro lado, la demandante guardó silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Corporación determinar si la aquí demandante es beneficiaria de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y de ostentar tal calidad, verificar si el despido ocurrió por una causal objetiva de terminación.

CONSIDERACIONES

Previo a desatar el asunto objeto de estudio, es menester precisar, que la existencia del contrato de trabajo, los extremos de la relación, el salario devengado, el cargo desempeñado por la demandante, no fue objeto de debate por los sujetos procesales, ya que fueron aceptados en la contestación de la demanda.

Descendiendo al problema jurídico, la Corporación debe recordar a las partes que la vigencia de los porcentajes de calificación de las limitaciones moderada, severa y profunda en grados porcentuales como lo contemplaba el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, que reglamentaba el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, fue expresamente derogada por el artículo 61 del Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, pues en especial derogó el Decreto 2463 de 2001 que así lo estipulaba.

Así las cosas, no es objeto de duda la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados y más aún para los efectos de determinar la viabilidad de la protección reforzada por discapacidad, según las limitaciones de moderada, severa y profunda, quiere decir ello, que no puede acudirse única y exclusivamente a estas escalas porcentuales para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que la terminación del contrato de trabajo es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013, pues corresponde al mes de diciembre de 2018 (fls. 70 a 72).

En ese orden de ideas, con la derogatoria del artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 y al perder sustento la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de severa y profunda para lo protección especial por la discapacidad, por lo menos, desde su derogatoria expresa, es una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para calificar si la limitación o afectación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, y esta no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional sentencia de unificación SU 049 de 2017 (M.P. María Victoria Calle), en la que se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, con lo cual justamente, advirtió la alta Corporación que la Constitución Política prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección como la Ley 361 de 1997.

A su turno, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1360 de 2018 cambió su criterio frente a la estabilidad laboral específicamente en la interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, acogiendo la postura de establecer que la norma conlleva una presunción legal o de derecho a favor del trabajador despedido, que permite deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil relacionado con su estado de salud, por lo que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de una causa objetiva para su finiquito en los términos legales.

De lo anterior se deduce que para la determinación de la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no es necesario estar calificado en algún grado de limitación, así como tampoco estar o no incapacitado a la fecha del despido, pues lo que verdaderamente importa es asegurar la integridad de la dignidad humana del trabajador, quien en virtud de una enfermedad o afección en su salud, puede ver menguado el desempeño de sus labores en condiciones regulares, experimentando una situación de debilidad manifiesta frente a su empleador, situación que es la que lleva a determinar si hay lugar a garantizar el derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Clarifica la Sala de Casación Laboral, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, y que lo que sanciona es que tal acto este precedido de un criterio discriminatorio, resultando necesario, en ese evento, que el Ministerio compruebe si, en efecto, la deficiencia del trabajador es incompatible o insuperable en el cargo que ejercía o en otro existente en la empresa; por lo que la invocación de una causa legal, permitiría no acudir al Inspector del Trabajo, pues se eliminaría la presunción discriminatoria, al soportarse en una razón objetiva. No obstante, el trabajador podría controvertir la decisión tomada por el empleador en un proceso judicial, en el cual solo le bastaría demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que implicaría para el empleador la carga de la prueba de demostrar suficientemente la causa legal y objetiva, so pena de que se declare la ineficacia del despido. Concluye, en síntesis, así la Corte:

> *«a) La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.*
>
> *b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.*
>
> *c) La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, más el pago de los salarios, prestaciones y sanciones atrás transcritas».*

Ajustando estos derroteros jurisprudenciales y las normas citadas, considera esta sala de decisión que toda persona que considere encontrarse bajo el amparo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, y solicite su aplicación, ya no debe acreditar que se encuentra dentro del porcentaje de una limitación calificada en grados porcentuales, por lo que solo resta revisar las causas que dieron lugar a la terminación del vínculo laboral, para establecer si existe un nexo causal entre el estado de salud del trabajador y el despido o la desvinculación laboral y, por obvias razones que el empleador conociera previamente de dicha limitación.

Hecha la acuciosa revisión pormenorizada del expediente, se evidencia en primer lugar, que la contratación de la demandante estuvo regida por dos contratos de trabajo a término fijo, el primero de ellos, se pactó por el término de tres meses, desde el 1° de febrero de 2018 hasta el 30 se abril de 2018, habiéndose renovado en

dos oportunidades hasta el 30 de octubre de 2018, luego las partes suscribieron nuevo contrato a término fijo, desde el 01 de noviembre de 2018 hasta el 21 de diciembre de 2018, modalidad de contratación que no se discute por parte de la demandante, pues así lo plantea desde el líbelo genitor en el hecho tres (3) de la demanda, aspecto que en todo caso también corrobora la prueba documental relacionada con los contratos suscritos, los preavisos de terminación y la liquidación de los mismos (fls. 7, 8, 22, 57 a 73) e incluso los testimonios arrimados también dieron cuenta de ello. Así pues, acreditado como está que el contrato de la demandante finalizó el 21 de diciembre de 2018, empero en desarrollo del mismo no encuentra la Sala incapacidad alguna que se le haya generado y además puesto en conocimiento de su empleador.

De otra parte, al plenario se aportó documento denominado *«AUTO REPORTE DE LAS CONDICIONES DE SALUD»* fechado 30 de enero de 2018 y diligenciado por la accionante donde informó como antecedentes personales patológicos la existencia de *tumor maligno*, indicando historial quirúrgico y hospitalización *cirugía nefrectomía radical* (fls. 115 a 116 fte. y vto.), aspecto este que se corrobora con la historia clínica vista de folios 9 a 11, según la cual, la accionante fue diagnosticada con cáncer el riñón izquierdo con nefrectomía (procedimiento quirúrgico que se realiza para extirpar todo el riñón o parte de este) el 14 de marzo de 201, precisándose en el histórico de incapacidades que la última de ellas ocurrió del 03 al 05 de octubre de 2017, de modo pues, que previo a iniciar su vinculación laboral el empleador tenía conocimiento de los antecedentes clínicos y de la patología de la demandante.

En ese orden, no encuentra la Sala que al proceso se haya allegado medio probatorio alguno que permitiera establecer que a la demandante dentro de la relación laboral el empleador aparte de lo dicho, tuviera conocimiento sobre tratamientos, terapias, incapacidades y recomendaciones laborales para desempeñar el cargo para el cual fue contratada, pese a que al plenario se aportó que la accionante tuvo seguimientos, controles y consultas médicas externas ingresando a consulta de medicina laboral por primera vez el 28 de junio de 2018 (fl. 12); por lo que forzoso es concluir, que dentro de dicho interregno de tiempo la demandante siguió trabajando en condiciones de normalidad o regulares sin que se presentara un decaimiento en su estado de salud ocupacional que fuera de conocimiento por su empleador, al punto que, se itera, su única y última incapacidad dentro de la vigencia del contrato de trabajo data del 05 de octubre de 2017 (fl.11), es decir, casi tres meses anteriores a la fecha en que se dio inicio al vínculo laboral; y si bien a folios 74 y 75 obran recomendaciones laborales emitidas

por la EPS ALIANSALUD, se evidencia que las mismas fueron expedidas el 18 y 27 de diciembre de 2018y aunado a ello, sólo hasta el 28 de diciembre de 2018 fueron recibidas por FSS, esto es cuando ya había finalizado el vínculo laboral, sin que se tenga noticia que en ese periodo la demandante hubiese presentado otras incapacidades, o dificultades en su salud ocupacional para desarrollar sus funciones en condiciones de normalidad hasta el momento de la terminación de su contrato laboral, inclusive, la misma demandante en su interrogatorio de parte confesó que no tiene ninguna restricción para trabajar, por el contrario, después de su cirugía ha tenido excelente salud.

Así las cosas, estima la Sala que en este caso, la desvinculación de la actora no se dio por motivos discriminatorios, sino por una causa objetiva que era la previa convención de que su duración era término fijo, precisando que la misma fue contratada a sabiendas de los referidos antecedentes médicos, siéndole prorrogado el contrato en dos ocasiones y a más de ello se volvió a contratar una vez finiquitó el primero. Advirtiéndose que la accionada le preavisó oportunamente de la terminación del contrato a término fijo (fls. 71-72), en los términos del literal c) del artículo 61 del CST, lo cual también descarta la pretensión subsidiaria de la indemnización por despido sin justa causa, toda vez que ello comporta uno de los modos de terminación del contrato.

En síntesis, de la sana hermenéutica que se desprende del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 es claro que debe mediar, también, un nexo causal entre el estado de salud del trabajador que desea beneficiarse de la estabilidad laboral reforzada y el motivo del despido o de la terminación del vínculo laboral, pues la normativa expresamente señala como presupuesto que el motivo que origina la finalización del vínculo laboral debe ser por razón de la limitación física. Situación que como bien lo concluyó la A quo no se logra desprender en el caso sub examine.

Por lo expuesto, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, al derivar el conocimiento del proceso en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por MARIA NUBIA BOHORQUEZ TORRES contra JARDINES DEL APOGEO S.A. Rad. 110013105-018-2018-00603-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá el día 03 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **MARIA NUBIA BOHORQUEZ TORRES** instauró demanda ordinaria laboral contra JARDINES DEL APOGEO S.A., con la finalidad de que se ordene efectuar su reintegro, por estar amparada por el fuero circunstancial. Igualmente, se condene a la accionada al pago de los salarios, cesantías y primas de servicios desde el día de la terminación del contrato hasta que se efectúe su reintegro. En caso de no prosperar el reintegro, pretende se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa. Finalmente, que se condene a la demandada a lo Ultra y Extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que inició a laborar en JARDINES EL APOGEO S.A. desde el 25 de abril de 2006, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de asesora comercial. Señaló que está vinculada a la organización sindical SINTRACEMENTERIOS, con la cual la accionada suscribió una convención colectiva. Expuso que el 29 de abril de 2016, la

accionada finalizó el contrato de manera unilateral y argumentando una justa causa, no obstante, para esa data estaba incurso una negociación de pliego de peticiones, que sólo culminó el 13 de septiembre de 2016 cuando el laudo arbitral proferido por el tribunal de arbitramento cobró ejecutoria. Agregó que el 04 de julio de 2016 comenzó a regir el incremento salarial equivalente al IPC. Explicó que las causales para finalizar su contrato fueron cambiadas por la demandada, en tanto, inicialmente argumentó que la causal era que el incumplimiento con el presupuesto de ventas, luego, mediante comunicación del 29 de abril de 2016, se le imputaron las justas causas establecidas en los numerales 4, 6 y 10 del literal A del artículo 62 del CST, así como los numerales 1, 4 y 5 del artículo 58 de la misma normatividad (Fls. 2 a 6).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad **JARDINES DEL APOGEO S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que argumentando que el contrato de trabajo de la actora fue finalizado con justa causa, toda vez que cometió causas gravísimas en el ejercicio de sus funciones, esto es, que desde el 2015 no cumplió con el presupuesto de ventas asignado y aceptado de común acuerdo, pues en el mes de enero sus ventas fueron de $0 pesos, en febrero de $25.000 pesos y en el mes de marzo de $358.300; evidenciando un incumplimiento sistemático o reiterado de su presupuesto de ventas. Aclaró que sólo envió una carta de terminación del contrato argumentando las causas antedichas, mientras que la carta del 29 de abril de 2016 sólo fue de carácter informativo para dar a conocer a la actora la decisión de finalizar el vínculo laboral. Reiteró que no es procedente ordenar el reintegro de la demandante, dado que el contrato de trabajo de la demandante fue finalizado con justa causa mediante la carta de terminación del contrato del 29 de abril de 2016, en la que explicó de forma detallada las faltas gravísimas en las que incurrió. Formuló como excepciones de fondo las de «cobro de lo no debido», «inexistencia de las obligaciones pretendidas», «pago de lo debido», «buena fe», «ausencia de título y de causa en las pretensiones de la demandante», «ausencia de obligación en la demandada», «compensación» y «prescripción» (Fls. 49 a 59).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 03 de marzo de 2021, absolvió a la sociedad JARDINES DEL APOGEO S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que entre las partes existió un contrato de trabajo, en el que se pactó un salario variable o por comisiones, de tal forma que cada mes cambiaba conforme a las ventas efectuadas por la actora, resaltando que según la liquidación laboral el último salario devengado por aquella fue de $312.151. Precisó que tal remuneración fue pactada por las partes en el contrato de trabajo, en el que la accionada manifestó que no garantizaba el salario mínimo a la actora porque aquella no debía cumplir un horario de trabajo. Respecto del fuero circunstancial, explicó que es una protección que cobija a los trabajadores que presentan un pliego de peticiones ante el empleador, de manera que carece de eficacia aquel despido que se efectúa dentro del tiempo en el que se resuelve el conflicto colectivo. Precisó que para ser acreedor del beneficio, el trabajador debe demostrar la presentación del pliego de peticiones y que el despido se produjo sin justa causa durante la vigencia del fuero circunstancial. Arguyó que conforme con la jurisprudencia de la SCL de la CSJ al analizar el rendimiento de un trabajador, resulta relevante el testimonio de los superiores jerárquicos de aquel porque son quienes de forma objetiva valoran su labor, por ende, encontró que pese a que la señora Jacqueline Parra, en calidad de Directora comercial de la accionada tiene un vinculo laboral con aquella, declaró de forma objetiva al decir que para los años 2015 y 2016, los asesores comerciales tenían un mínimo de ventas de $10.000.000 mensuales, empero la actora estaba ganando muy poco porque casi no tenía ventas. Aunado a lo anterior, resaltó que según el contrato de trabajo suscrito por las partes, el mínimo de ventas mensual que debe realizar un asesor comercial es de 12 unidades, y en caso de que no sea así por dos meses consecutivos hay lugar a la terminación del contrato de trabajo. Señaló que se allegaron llamados de atención a la demandante por baja productividad en los meses de octubre y noviembre de 2010, así como en mayo, julio y septiembre de 2015. Igualmente, manifestó que, de la citación de descargos de la demandante, se desprendía que el objeto de la diligencia era discutir sobre su baja productividad, además de que se allegó una relación de ventas del 2016 por $2.803.270 pesos. En consecuencia, halló que la demandante sí incurrió en la justa causa alegada por la accionada, razón por la que no resultaban procedentes las pretensiones incoadas por aquella, puesto que su reconocimiento dependía de la inexistencia de una justa causa.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la actora, presentó recurso de apelación, argumentando que si bien es cierto no se pretendió la reliquidación de las prestaciones sociales, sí se debatió el salario de la demandante, destacando que la liquidación laboral obrante en el plenario da cuenta de que devengaba menos del salario mínimo legal mensual vigente, por lo que a su juicio, procede el estudio de dicha circunstancia, en virtud

de las facultades ultra y extra petita, toda vez que fue objeto de pronunciamiento y estudio. Manifestó que no se dilucidó cual fue el criterio legal para encontrar valida la cláusula que estatuyó que la demandante podía devengar menos del salario mínimo legal mensual vigente, pues a su juicio, aquella es ineficaz por violar los derechos laborales de la trabajadora. Precisó que no es cierto que la demandante no cumpliera un horario laboral, en tanto, en el contrato se estipuló una jornada, dando paso a la existencia de subordinación. De otro lado, aseveró que conforme con la jurisprudencia de la SCL de la CSJ, no es posible que el empleador cambie la causal de terminación del contrato de trabajo, no obstante, la accionada modificó las causales, explicando que en la carta de terminación del contrato sólo justificó el despido citando los numerales 4, 6 y 10 del Decreto Ley 2351 de 1965, sin dar una justificación o sustento alguno. Aclaró que las causales de los numerales 6 y 10 de la antedicha norma, no tienen relación con los hechos alegados por la empresa, mientras que el numeral 4 habla de la existencia de un daño intencional, el cual no fue acreditado. En cuanto a la violación de las obligaciones de la demandante, manifestó que no se probó que aquella hubiera incumplido alguna de ellas o incurrido en una prohibición. Agregó que la señora Maribel Camargo declaró que en los meses de enero, febrero y marzo, la demandante estuvo incapacitada, por lo que no podía efectuar ventas. Argumentó que los logros de ventas, no se pueden observar sin tener en cuenta que aquellas no dependen directamente del trabajador sino de terceros. Arguyó que la representante legal de la accionada afirmó que no se presentó un cuadro comparativo de las ventas realizadas por la demandante y los demás asesores comerciales, concluyendo que no se aplicó el principio de favorabilidad. Consideró que hubo una violación a las normas, que no se acreditó la justa causa y que la demandante tiene derecho al reintegro porque no medio una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. Aseveró que la norma habla de la existencia de una violación grave, empero no se probó que la actora haya generado un daño o un perjuicio irremediable al empleador.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en el libelo de contestación, solicitando ser absuelta de todas las pretensiones. De otro lado, la demandante guardó silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si la finalización del vínculo laboral ejecutado entre las partes, obedeció a las justas causas alegadas por el empleador. De demostrarse que ocurrió sin una justa causa, se entrará a estudiar si hay lugar al reintegro deprecado por la existencia del fuero circunstancial; y si hay lugar a dar aplicación a las facultades ultra y extra petita en esta instancia.

CONSIDERACIONES

Previo al análisis de lo que es objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existe una relación laboral desde el 25 de abril de 2006, como así se evidencia del contenido del contrato laboral visible a folios 61 a 63, aunado a que en los escritos de demanda y contestación no se invocó oposición alguna frente a tal hecho; contratación que se dio por terminada de manera unilateral por parte del empleador el 29 de abril de 2016. aspectos sobre los cuales no se realizará manifestación alguna.

La jurisprudencia ha precisado que cuando se pretende la indemnización por terminación sin justa causa del contrato, se distribuye a cada una de las partes del proceso la carga de la prueba, al trabajador le corresponde acreditar el rompimiento del vínculo laboral por tratarse de un hecho constitutivo de la responsabilidad del empleador, una vez demostrado, éste último debe justificar su proceder, si lo hay (CSJ sentencias SL2148 del 13 jun. 2018 rad. 61164, SL1166 del 18 abril de 2018 rad. 46384 y SL5523 de 6 abr. 2016 rad. 41280, entre otras muchas). Advirtiendo que no es admisible, de manera posterior alegar causales o motivos diferentes.

Teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado, considera la sala que la parte actora acredita la ruptura del vínculo laboral con las dos cartas por medio de las cuales la parte demandada da por terminado el contrato de trabajo el día 29 de abril de 2016, situación que a su turno es aceptado por la pasiva.

Ahora bien, al estar demostrado el hecho del despido por la parte actora, se debe establecer si la sociedad demandada dio por terminado el contrato de trabajo con o sin justa causa, para ello debemos remitirnos a las aludidas cartas de despido, las cuales, en su contenido se especificó que la terminación se daba por lo siguiente:

> *«Me permito comunicarle que JARDINES DEL APOGEO S.A. ha decidido dar por terminado su vinculación laboral a partir del día de hoy, 29 de abril de 2016, por las justas causas establecidas en los* ***numerales 4, 6, y 10 del aparte A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, con relación a los***

> ***numerales 1, 4 y 5 del artículo 58 del mismo Código***. *Los hechos que motivaron tal decisión son:*
>
> ***Desde el año 2015 Usted no ha cumplido con el presupuesto de ventas asignado de común acuerdo; tanto así que en el año 2016, en el mes de enero sus ventas fueron de cero ($0) pesos, en el mes de febrero fueron de veinticinco mil pesos ($25.000.00) y en el mes de marzo de trecientos cincuenta y ocho mil trescientos pesos ($358.300.00), incumpliendo de manera sistemática o reiterada su presupuesto de ventas***». (fl. 7)

De igual modo en la segunda comunicación que obra a folio 8 se especificó:

> *«El pasado 28 de Abril de 2016, la empresa se contactó telefónicamente en 2 oportunidades con usted solicitándole que hiciera presencia en Recursos Humanos el día 29 de Abril de 2016 a las 3:00 pm y teniendo en cuenta que no usted no acató dicha instrucción argumentando no tener tiempo para esto, me permito comunicarle que JARDINES DEL APOGEO S.A. ha decidido dar por terminado su vinculación laboral a partir del día 29 de abril de 2016**, por las justas causas establecidas en los numerales 4, 6, y 10 del aparte A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, con relación a los numerales 1, 4 y 5 del artículo 58 del mismo Código***».

Luego del análisis de dichas documentales, la Sala observa, en primer lugar, que contrario a lo mencionado por el recurrente, la accionada sí le informó cuales eran las justas causas y los hechos que sustentaban el despido, sumado a que las dos misivas le fueron entregadas día 29 de abril de 2016, circunstancia que no permite arribar a la conclusión que plantea la parte actora en torno a que los motivos de terminación se efectuaron de forma posterior. En todo caso, las causales de alcance legal están claramente delimitadas en uno y otro documento, descartándose así el argumento planteado en la alzada.

Así pues, se concluye que la falta calificada como grave se circunscribió, en síntesis, al hecho que la actora incumplió desde el año 2015 hasta los meses de enero a marzo de 2016 con el presupuesto de ventas asignado de común acuerdo, es decir, expresamente Jardines del Apogeo señala como causales de terminación del contrato de trabajo las establecidas en los numerales 4[1], 6[2], y 10[3] del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con los numerales 1, 4 y 5 del artículo 58 del CST, el primero de ello que reza: «*Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan*

[1] 4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.

[2] 6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

[3] 10. La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.

el patrono y sus representantes, según el orden jerárquico establecido», mientras que los numerales 4 y 5 señalan: *«4. Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros», «5. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios»*.

De lo dispuesto en la causal sexta del artículo 62 del CST se derivan dos situaciones: la primera, el desconocimiento por parte del trabajador, de las obligaciones especiales contenidas en el artículo 58 del C.S.T., o de las prohibiciones relacionadas en el artículo 60 del mismo ordenamiento, caso en el cual la calificación de la gravedad de la supuesta violación está sujeta a la valoración que hace el juez, máxime, cuando en asuntos como el que nos ocupa, se pone de presente como causal de terminación *la sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales*. En segundo lugar, la violación de cualquier falta grave consagrada en los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos de trabajo o en los reglamentos, evento en cual no puede, no le es dable al juzgador apreciar la gravedad de la falta, por lo que su accionar se limita a verificar la ocurrencia de los hechos, calificados previamente como infracciones en tales convenios.

En esa medida, una vez pactada una determinada circunstancia como causa para terminar el contrato de trabajo solo se debe verificar el cumplimiento de esta, de conformidad con lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral (Sentencias SL2457 de 27 de jun. 2018, que rememora las del 10 mar. 2003 Rad. 35105, SL670-2018 y CSJ SL 187-2018), por lo que se debe verificar en primer lugar si efectivamente entre las partes se pactó el hecho alegado como causa de terminación del contrato de trabajo.

En ese orden de ideas, debe señalarse que la cláusula octava del contrato de trabajo prescribe que además de las causales de terminación descritas en la Ley, constituyen conductas que dan lugar a la terminación del contrato por justa causa, por considerarse como graves, entre otras, las descritas en el literal d) que dispone «*Haber tenido un volumen de Ventas inferior a doce (12) Unidades por 2 meses consecutivos»* (Fls. 61 a 63). A su vez, el contrato de trabajo contempla como obligación del trabajador *«se obliga a realizar un mínimo mensual de ventas de doce (12) unidades del producto de que trata la cláusula segunda en su literal a)»,* cláusula que estipuló a su vez que el trabajador se obliga especialmente *«a incorporar toda su capacidad en las funciones de representantes de ventas con el*

objeto de vender los productos que ofrece la Compañía y que esta le autorice. También desempeñará las labores que directa o indirectamente resulten de sus funciones y las demás que le indique la empresa».

En tal medida, para demostrar que se configuró el hecho, aduce como violación grave de las obligaciones de la trabajadora, que se aportaron al plenario como soportes documentales el ya mencionado contrato de trabajo suscrito el 25 de abril de 2016, la relación de ventas de los años 2015 y 2016 en formato Excel (CD´s fls. 60 y 98), la descripción del cargo y funciones de *Asesor Comercial* (fls. 70 a 72), la carta de citación a descargos fechada 29 de abril de 2016, para ser llevada a cabo el «*04 de abril de 2016… para la oída en cargos y descargos para las situaciones anómalas presentadas en el desempeño»* de las funciones la actora y «*la baja productividad que […] presenta hace varios meses»* (fl. 68); el documento del 27 de mayo de 2015 llamado «*primer requerimiento por bajo rendimiento solicitándole que mejore su productividad por cuanto es muy baja, como se evidencia en su productividad del mes de abril de 2015 que fue de $ 2.042.000, cuando lo mínimo establecido para usted en la zona en la que se encuentra es de $ 10.309.600*», misiva que se encuentra recibida a mano por la actora e indica: *«el motivo de mi baja producción estoy enferma sin embargo e trabajado pero tampoco se me han dado las cosas* (sic)*»* (fl. 75); El llamado de atención por baja productividad del 24 de julio de 2015 en el cual se le indica a la actora que está incumpliendo con sus compromisos como trabajadora y además se le presenta un cuadro de rendimiento promedio de actividades análogas para su grupo de ventas del mes de junio de 2015, precisándole que, en comparación, ella apenas tenía un volumen de $3.300.000 a junio de 2015, mientras que sus compañeras manejaban $28.771.634 y $11.455.168 respectivamente. Por lo anterior se le indicó que debía presentar descargos por escrito dentro de los 8 días hábiles siguientes a la comunicación (fls. 77 y 78). Nuevo llamado de atención por baja productividad de fecha 30 de septiembre de 2015 (FLS. 78 y 79).

Sumado a lo anterior, se recaudaron los siguientes testimonios:

MARIBEL CAMARGO VARGAS, quien fue tachada por la demandada por haberle promovido proceso de levantamiento de fuero sindical para despedirla, toda vez que aquella también había incumplido sus obligaciones, igual que la demandante. Declaró que es asesora comercial de la accionada y conoce a la demandante hace más de 13 porque eran compañeras de trabajo en la accionada; que la actora trabajó hasta mayo de 2016 en la empresa, dado que el contrato finalizó

porque la empresa argumentó que la demandante tenía baja productividad; que las funciones del cargo de asesor comercial están relacionadas con ventas, asistencia donde el empleador les indique, sea puerta a puerta o asistir al parque cementerio. Que para la época del despido, el salario de la demandante era inferior mínimo, que ella no tenía un básico, sino que el salario era fijado por comisiones; que la baja productividad fue imputada a la demandante dos meses antes de su retiro, dado que así se dijo en la diligencia de descargos, en la cual también se dejó constancia de que la actora había estado en vacaciones e incapacitada; que estuvo incapacitada antes de ir a descargos; que para la fecha del despido, la demandante estaba afiliada al sindicato; que para la fecha del despido la empresa estaba en medio de un conflicto colectivo; que el pliego de peticiones fue presentado en el 2014. Que la demandante pertenecía a otro grupo de asesores dentro de la misma zona; que no todos los contratos son iguales en la empresa, por lo que no puede decir qué dice el de la demandante, aclarando que el suyo dice que debe vender 12 unidades. Que en el último tiempo en el que estuvo la demandante sí efectuó ventas, porque ella generalmente vendía, explicando que lo sabe porque los afiliados al sindicato deben pagar el 1% de su salario como cuota sindical y esa lista la ve ella, diciendo que es posible que en algún momento no haya pagado esa cuota porque hay varios asesores que a veces no facturan nada de ventas.

JACQUELINE PARRA LONDOÑO, quien fue tachada por la parte actora por tener una relación laboral con la accionada, indicó que es Directora Comercial de la accionada; que conoce a la demandante porque trabajó en Jardines del Apogeo, aclarando que ella no fue su jefa directa pero trabajó en la zona que dirige, es decir, zona Parque Cementerio; que la demandante era asesora comercial y por ende, debía comercializar los productos y servicios de Jardines del Apogeo; que la retribución eran las comisiones sobre las ventas que realizaban; que se terminó el contrato por que no estaba cumpliendo con las ventas, es decir que al no tener productividad se le finalizó el contrato; que la demandante tuvo varios llamados de atención, que le consta que la llamaban a reuniones para hablar sobre su rendimiento pero como era reiterativa la no productividad, se decidió finalizar el contrato. Que le consta que la demandante incumplía con sus metas de ventas porque aquella pertenecía a uno de los grupos de su zona, señalando que diariamente se reunía con los directores de los grupos para analizar quienes estaban vendiendo y quienes no, precisando que se hablaba mucho del caso de la demandante por su baja productividad y que porque no estaba asistiendo a las actividades que realizaba la empresa, que sabe que en algún momento la pasaron a un grupo de baja productividad, denominado Gerencia, en el que les ayudaban a

identificar la dificultad para que la superaran por medio de capacitaciones; que conoce que en el caso de la demandante le exigían un mínimo de ventas de $10 millones de pesos mensuales; que la empresa cada año otorga un presupuesto por meses, grupos y por ende, por trabajador, de forma que si alguno de ellos no cumple, se afecta el presupuesto, afectando el grupo y la zona porque esas ventas eran analizadas; que la principal y casi única actividad de la empresa es la venta de esos productos; que la mayoría de los trabajadores logran las metas de ventas, incluso la mayoría de las mujeres logran ventas más allá de las metas, precisando esas personas tienen un muy buen salario porque son muy competitivas, incluso más del mínimo; que conoce que la demandante no tenía casi comisiones porque allá no hay un básico, el salario son las comisiones por las ventas; que nunca se ha acercado un asesor comercial a decirle que el presupuesto de ventas es imposible de cumplir, por el contrario, intentan sobrepasarlo; que cada mes se le recuerda a los trabajadores como les fue en el mes anterior, conforme con el presupuesto mensual; que a la actora le hicieron llamados de atención porque la citaban a la gerencia para hablar sobre su baja productividad y aquella se justifica en problemas familiares y en que pese a que trabajaba no se le daban las cosas. Que no sabe si la demandante estuvo incapacitada. Que no tiene las fechas exactas en las que se hicieron los llamados de atención a la demandante porque aquella no estaba bajo su subordinación; que no conoce las condiciones propias del contrato de trabajo de la actora; que en las reuniones de plenaria (dos veces al mes) se socializaban las ventas de cada asesor para ver cómo les había ido, por lo que se comparaban las ventas de cada uno; que por escrito no les pasaban un comparativo pero que en la reunión sí se les decía y les mostraban una estadística de asesor por asesor; que no vio que la demandante cumpliera con sus metas en los últimos años de la relación laboral; que nunca vio que la demandante tuviera ventas altas o que cumpliera con esas metas.

LUZ DARY NOVOA AVILA, que también fue tachada por ser Gerente de Ventas de la accionada, indicó que trabaja allí desde hace 24 años; que conoce a la demandante porque fue trasladada a la zona donde ella trabajaba en el 2015, explicando que no era la Jefe Directa de la actora, sino que ella trabajaba en uno de los 4 grupos de la zona; que los asesores comerciales tienen la función de vender y distribuir los productos de la empresa; que la primera función de los asesores es conseguir prospectos para luego realizar ventas, entonces la empresa tiene varias estrategias para hacerlo, que cuando llegó a la zona, la demandante era una de las que más baja productividad tenía porque era muy inconstante con las actividades que se realizaban; que a raíz de ello, se le hicieron varios llamados de atención a la demandante, incluso paso a su grupo porque se encargaba de ver el rendimiento de

los asesores con más baja productividad, por lo que ella vivía pendiente de las actividades que realizara la actora; que las ventas dependen mucho de la actitud y la disposición, empero la demandante no asistía a muchas actividades de la empresa que por razones familiares; que los asesores comerciales no cumplen un horario, que cuando van a hacer actividades de calle se citan a una hora para hacer la labor en los barrios; que a cada asesor se le estipula un tope de ventas conforme con su antigüedad; que cuando ella estuvo pendiente de la actividad de la demandante, le decía que tenían que vender y le preguntaba cómo iba, pero aquella no podía dedicar el tiempo requerido para ampliar sus ventas, por situaciones familiares, por lo que ella lo reportaba a Talento Humano y de allí le hacían los llamados de atención. Que el uso de las herramientas que da la empresa, son de uso voluntario para que cada trabajador vaya si lo desea y aumente sus ventas; que los asesores comerciales tienen un rango de producción y cree que la demandante era categoría senior por lo que debía cumplir con un volumen de ventas que se les entrega al iniciar el año, que aproximadamente cree que en el caso de la demandante eran de 8 a 10 millones de pesos mensuales; que aproximadamente desde el 2012 se cambió el modelo a dinero, es decir que lo que debían alcanzar los asesores era un total de ventas traducido en cierta cantidad de dinero y no en unidades; que cuando el asesor ingresa se le brinda una capacitación y dura 6 meses con el director haciendo ventas, mientras el asesor logra aprender bien; que sabe que a la demandante se le habían hecho llamados de atención para que hiciera un cambio en su actitud y alcanzara las metas; que las actividades que hace la empresa están ligadas directamente a la labor de los asesores comerciales; que en esa zona tienen vendedores que se ganan $7 millones de pesos porque hacen ventas de hasta 50 millones de pesos; que nunca un asesor le dijo que era imposible cumplir con las metas porque aproximadamente el 98% de personas a su cargo cumplen con los objetivos; que sabe que la demandante tuvo una muy baja productividad en los últimos tres meses pero que no sabe con exactitud cuánto fue, que cree que en un mes no vendió nada (puso de presente un Excel en el que se muestra que en enero de 2016 la demandante no vendió nada, en febrero vendió una unidad de 25 mil pesos y en marzo realizo 3 ventas por valor de $358.275 pesos y en abril vendió una unidad de $1.700.000); que la demandante tenía muchos problemas personales y si le decían que fuera al móvil no le servía, si le decían que usara las bases de datos tampoco; que en el 2016 ella le hizo un acompañamiento a la demandante pero no encontró mejora. Que ella hizo planes de mejoramiento para la demandante; que a cada asesor se le rota permanentemente y que incluso eso depende del plan de cada asesor porque si tienen citas van y de lo contrario no; que la empresa trabaja más que nada de la 13 hacia el sur y que no hay diferencia en las ventas, porque todos los asesores venden lo mismo; que esos

llamados de atención se hacían verbales y escritas; que el salario de la demandante dependía exclusivamente de las ventas que realizara.

Respecto a los interrogatorios de parte, puede extraerse de lo expuesto por la actora que su función era vender el producto y cumplir con el horario; que su salario eran las comisiones de sus ventas; que en el contrato laboral se estatuyo algo diferente a la meta de 10 millones mensuales, sino que se debían vender 8 unidades mensuales (las unidades son los productos, por ejemplo, pólizas de muerte, unidades familiares, etc.) con lo que cumplía cada mes; que en los últimos meses de su relación laboral estuvo muy enferma, razón por la cual bajaron sus ventas, agregando que tiene todos los documentos de sus incapacidades; que laboró 10 años para la empresa; que en reuniones la accionada le notificaba a todos los trabajadores, los presupuestos de ventas que debían cumplir anualmente, empero no siempre cumplían las metas porque no todos los meses podían vender bien. Que de enero a diciembre de 2015 sí cumplió con sus metas, aun estando enferma e incapacitada; que no sabe porque le realizaron los llamados de atención porque ella sí cumplió con sus metas; que durante 2015 y 2016 no recibió ningún apoyo de sus jefes, al contrario, dijo que habían sido incomprensivos con su situación médica, que siempre la dejaban en los lugares más apartados donde no pasaban clientes; que nunca la dejaron en una oficina donde pudiera vender bien, que si un compañero le decía que lo cubriera en una de esas oficinas, la jefe le decía que no tenía derecho a estar allí porque no había cumplido con las metas; que sí cumplió con el presupuesto de ventas desde enero a abril de 2016; que en enero de 2016 estuvo en vacaciones; que en febrero vendió un cenisario que cuesta $1.700.000, junto con otros mantenimientos, sumando aproximadamente más de dos millones, argumentó que además tiene las incapacidades de esa época porque estaba enferma, diciendo que allegó dichas incapacidades a la empresa; que la accionada les dio unas charlas de capacitación pero que ella ya tenía experiencia cuando empezó a trabajar allí. Que a su casa le llegó una carta diciendo cosas diferentes a las que le habían dicho en la otra carta; que la carta que llegó a su casa le pedía que se presentara a la empresa y cuando fue le entregaron otra; que no le realizaron un proceso disciplinario en la empresa; que no la llamaron por escrito ni por teléfono a citarla al proceso de descargos; que tal vez no tiene presentes algunos documentos. Que le manifestó a la empresa que estaba sufriendo unas situaciones de acoso, que le manifestó eso por escrito, por medio de dos cartas y durante toda la relación laboral estuvo afiliada al sindicato.

Por su parte, la representante legal de la accionada expuso que ostenta tal cargo desde el 01 de enero de 2018, pero sabía que la demandante no cumplía con las metas estimadas cada mes desde el 2015 y 2016, específicamente en los meses de enero, febrero y marzo, en los que tuvo un promedio de ventas de aproximadamente $2.500.000 pesos. Que no se hizo un comparativo de la demandante y otros asesores comerciales, empero, se hicieron varios llamados atención y que estaba claro que habían otros compañeros de ventas que si cumplían con las metas, incluso los superan; que para el momento del despido sí había un tribunal decidiendo sobre el pliego de peticiones; que la demandante ni las personas del área comercial no cumplen un horario de trabajo, por lo que su salario es calculado sobre las ventas que ejecuten, es decir sobre las comisiones que se pactaron; que la liquidación salarial fue producto de la gestión comercial de la demandante en el último año; que se dejó constancia por escrito de todo el proceso disciplinario; que en la liquidación laboral de la demandante se le hizo un descuento sindical.

De conformidad con lo anterior, del acervo probatorio y dando aplicación al principio de libre formación del convencimiento (art. 61 CPTSS), en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, según las cuales es dable la apreciación de los distintos medios probatorios en aras de fundamentar la decisión en aquellos elementos de prueba que le merecen mayor persuasión o credibilidad y que le permiten hallar la verdad real al juzgador, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables, la Sala puede colegir, que la causal que hizo que la accionada diera por terminado el contrato de trabajo, está plenamente acreditada en el caso de autos, pues tal como se desprende del contrato de trabajo, de los tres testimonios recaudados e incluso del mismo interrogatorio de parte, la función esencial de la demandante consistía en la venta de los productos de la accionada, tal como lo manifestó la accionante, donde también admite que sí tuvo un descenso en las ventas, lo cual atribuyó a que estaba enferma y/o incapacitada, sin embargo, de ello brillan por su ausencia medios probatorios que así lo demuestren. Aunado a ello, la prueba documental también indica que a la actora en el año 2015 en los meses de mayo, julio y septiembre le hicieron llamados de atención por el descenso de sus ventas y baja productividad.

Lo anterior, sumado a lo que refieren los testimonios, frente a los cuales, debe decirse que la tacha de sospecha no opera automáticamente y en ese sentido, esta Sala no evidencia ningún sesgo o ánimo de favorecimiento, pues fueron contestes y claros en sus deposiciones, iterándose, que no se observó parcialidad alguna en favor de una u otra parte, especialmente los de descargos, los cuales también dan cuenta de ese hecho, cuando afirmaron que en efecto, la demandante había incumplido de

manera sistemática con sus funciones de venta, pese a que se le efectuaron acciones de seguimiento y planes de mejora con la finalidad de mejorar las ventas, pero la actora no las acogió.

Frente al incumplimiento sistemático la Corte al referirse a la causal del numeral 10 del literal a) del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, que tiene plena aplicación para esta eventualidad, en lo que respecta a lo que debe entenderse por el vocablo «*sistemático*», en sentencia CSJ SL 6 de jun. 1996 rad. 8313, reiterada en las sentencias SL9660-2014, SL007-2019 y SL2407-2019, puntualizó:

> «(…) *Considera la Sala oportuna la ocasión para referir que la causal 10 del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965 que faculta al empleador para despedir en forma justa a un trabajador, exige que la inejecución de las obligaciones legales o convencionales* ***sea sistemática, entendiéndose con ello que deba ser regular, periódica o continua, que apunte a demostrar que el trabajador ha tomado la conducta o el propósito de incumplir***"-se resalta-».

En esa medida, como ya se evidenció con los distintos llamados de atención y se verifica con las planillas de Excel aportadas, que la actora venia incumpliendo de manera reiterativa sus obligaciones de vendedora. En conclusión, se tiene que en efecto se configuró una justa causa alegada por la accionada, al quedar demostrado *la sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales*, la cual se determina como como grave, siendo causal de terminación del contrato con justa causa a la luz de los presupuestos del artículo 62 del CST, tal como fue verificado en la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, conviene recordarle a la parte recurrente que si bien se plantearon varias normas para configurar la legalidad del despido, o incluso aunque se hayan indicado varios hechos, la jurisprudencia tiene establecido que para justificar el despido aunque concurran varias causales, basta dar por acreditada una con mérito para ser calificada de justa causa, ello teniendo en cuenta que los hechos que motivan una decisión unilateral del trabajador han de ser encuadrados en una o varias de las múltiples causas que la ley admite como justas para ponerle fin al contrato, pues, es perfectamente posible, que una misma circunstancia pueden configurar varias de ellas (ver entre otras muchas la sentencia CSJ rad. 35545 del 16 de octubre de 2008).

Con lo anterior al haberse demostrado una justa causa como grave no era necesario, por ejemplo, verificar las demás, como se plantea en la alzada, esto es, que se causó un perjuicio al empleador.

Ahora bien, con relación a la petición que ahora se realiza en torno a la reliquidación de las prestaciones sociales, con ocasión del salario devengado, no alegados en el libelo introductor, y que a juicio de la recurrente ha debido estudiarse por parte de la a quo en virtud de las facultades extra y ultra petita, debe recordarse que las mismas tienen su génesis legal, en el artículo 50 del Código Sustantivo de Trabajo CST, el cual dispone que el Juez Laboral de Primera Instancia puede reconocer y ordenar al empleador demandado el pago de salarios, prestaciones sociales o indemnizaciones, que no hayan sido incluidos dentro del petitum de la demanda por parte del trabajador promotor del litigio, condicionando ésta potestad judicial a que los hechos que originan dichos derechos hayan sido discutidos y probados en el juicio laboral; y dicha facultad, también, podrá consistir en que las sumas de dinero que hayan sido deprecadas en la demanda, sean fustigadas en un mayor valor en las condenas que imponga el Juzgador, cuando con arreglo a la Ley, lo pedido por el trabajador sea inferior a lo que tiene derecho, y desde luego, siempre y cuando los rubros laborales no hayan sido pagados.

Este supuesto normativo, es lo que ha sido conocido por la comunidad jurídica como fallos ultra y extra petita; en este contexto, para desentrañar el sentido y alcance de la anterior disposición, es menester precisar cuándo se está haciendo uso de la facultad extra petita y cuando de la ultra petita. Así pues, se dice que el Juez hace uso de la facultad extra petita, cuando falla por fuera de lo pedido, es decir, un derecho que no fue solicitado por el precursor judicial, y se trata de un fallo ultra petita, cuando no obstante ir en consonancia con lo pedido este se reconoce en una cuantía superior, razón por la cual, puede decirse que estas facultades son una excepción al principio de congruencia estatuido en el artículo 281 del CGP, y en esa medida el principio de congruencia en la legislación procedimental laboral no es absoluto.

Debe tenerse en cuenta, que en todo caso la facultad extra y ultra petita, no puede vulnerar el derecho de defensa y debido proceso de la parte a quien desfavorece, que en principio no es otro que el empleador demandado, y es por eso, que el legislador ha condicionado su procedencia a que los hechos en que se fundamenta el reconocimiento del derecho no pedido, previamente tuvieron que haber sido debatidos dentro del proceso, y además, se encuentren debidamente probados, para

de esta forma la parte demandada pueda controvertirlos, y en esa medida no se trata de hechos desconocidos para quien le desfavorece la decisión, pues en su oportunidad pudo controvertirlos o exponer sus razones de defensa; de lo dicho, resulta irrefutable que un fallo extra o ultra petita no es sorpresivo, no se decide intempestivamente en el momento del fallo, sino que tiene un respaldo probatorio y respetuoso del derecho de defensa y contradicción, consustancial al debido proceso del cual el Juez laboral es el principal garante, en los términos del actual artículo 48 del CPT y SS.

Aunado a lo anterior, esta excepción al principio de congruencia si bien puede desbordar el «*petitum de la demanda»;* no puede desviarse de la «*causa petendi de la demanda»*, pues son los hechos la esencia del debate del proceso, y los hechos que son la causa de pedir es algo inherente o de consustancial responsabilidad de las partes, de modo que para fallar extra y ultra petita, inclusive, el juez debe moverse dentro del panorama fáctico que le han delimitado o enmarcado las partes.

Con todo, las facultades ultra y extra petita son potestades del Juez de Primera Instancia, que no constituyen una camisa de fuerza, y que para el caso particular de la segunda instancia no tienen cabida, tal y como lo ha dejado decantado pacíficamente el Alto Tribunal, en entre otros pronunciamientos, en sentencia del 2 de julio de 2014, rad. 38010. En consecuencia, esta corporación no puede dar aplicación a tales facultades como lo sugiere la recurrente, máxime, cuando en la fijación del litigio se indicó expresamente este giraría en tono a establecer si al momento del despido la actora gozaba de fuero circunstancial y si le asistía derecho al reintegro con el pago de todas las acreencias laborales que del mismo se derivasen, es decir, no se vislumbró lo relativo a un posible reajuste de las prestaciones sociales de la demandante por un reajuste salarial, marco frente al cual estuvo conforme la parte accionante al guardar absoluto silencio y por ende, así se encaminó el debate probatorio.

Así las cosas, al haberse analizado todos los puntos de la apelación, y al no encontrar pruebas que desvirtúen lo decidido por la primera instancia, la sentencia se confirmará en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

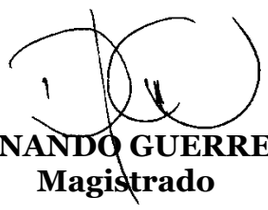
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

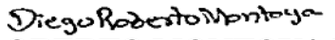
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por FRANCISCO JAVIER HIDALGO CORREA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP`S PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. Rad 110013105-003-2019-00640-01.

Con la finalidad de resolver los recursos interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas Colpensiones y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de junio de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **FRANCISCO JAVIER HIDALGO CORREA**, pretende se declare la nulidad de la afiliación y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al Régimen de Ahorro Individual-RAIS, administrado por COLFONDOS S.A. en el mes de noviembre de 1996, al haber sido inducido en error, igualmente se declare la nulidad y/o ineficacia de su afiliación a la AFP PORVENIR S.A. En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar sus aportes, bonos pensionales, sumas adicionales del fondo, incluidos los rendimientos financieros e intereses a COLPENSIONES, quien deberá activar su afiliación sin solución de continuidad. Finalmente, se condene a las accionadas a lo ultra y extra petita, junto con las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 08 de agosto de 1961 e inició a cotizar en el ISS desde el 03 de julio de 1984 hasta el 30 de noviembre de 1996. Expuso que en el mes de diciembre de 1996 se afilió al RAIS, por medio de la AFP COLFONDOS, manifestando que el asesor le indicó que era más conveniente afiliarse al fondo privado porque el ISS desaparecería y su mesada pensional sería más alta, no obstante, no le informó las consecuencias del traslado, ni le realizó una proyección pensional. Señaló que en 1997 la AFP PORVENIR le indicó que el ISS sería liquidado y que perdería sus ahorros, guardando silencio sobre los requisitos para adquirir la pensión, así como los beneficios y desventajas del traslado. Manifestó que el 14 de junio de 2019 solicitó la nulidad del traslado de régimen ante COLPENSIONES, en el mismo sentido, el 20 de junio de 2019, radicó peticiones ante las AFP`S COLFONDOS y PORVENIR S.A., no obstante, las entidades negaron su pedimento. Afirmó que la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR, diligenció de forma invalida el formulario de afiliación, por no haber relacionado los beneficiarios. Expresó que conforme con la simulación pensional realizada por la AFP PORVENIR S.A., su mesada pensional en el RAIS sería de $828.116, mientras que el RPMPD ascendería a $2.109.300 (Fls. 4 a 16).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante es válido, por cuanto provino de una decisión libre y voluntaria, tras haber recibido la información suficiente para ello. Aseveró que para el momento del traslado las Administradoras de Fondos de Pensiones, no tenían la obligación de realizar proyecciones pensionales, máxime cuando ello era imposible por depender de variables que se esclarecerían al momento de la consolidación del derecho pensional. Explicó que la obligación de asesoría e información a cargo de las AFP sólo surgió con el Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015. Resaltó que cuando el actor se afilió a la AFP, provenía de otra administradora del RAIS, de tal suerte que, ya conocía las características y condiciones del mismo. Mencionó que pese al deber de información, las ventajas, desventajas y características del RAIS están la Ley 100 de 1993, por lo que el accionante pudo consultar aquella información en el momento en el que lo considerara pertinente. Arguyó que la parte actora no acreditó los supuestos de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad, más aun cuando no es dable declarar nula o ineficaz la afiliación invocando requisitos que no estaban a cargo de la AFP. Propuso como excepciones las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no

debido» y «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» (fls. 112 a 130).

A su turno, la **AFP COLFONDOS,** se allanó a las pretensiones de la demanda conforme con el artículo 98 del CGP y solicitó no ser condenada en costas y/o agencias en derecho (Fl. 185).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo que el demandante efectuó el traslado de régimen de manera libre y voluntaria, en ejercicio de su derecho a la libre escogencia del régimen. Resaltó que a pese a no conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió el traslado de régimen del actor, lo cierto es que si decidió afiliarse al RAIS es por la información que recibió por parte de la AFP. Señaló que la parte actora no acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento al momento de su afiliación. Añadió que es procedente concluir que se presentó un error de derecho, que no vicia el consentimiento, teniendo en cuenta la negligencia del demandante con respecto a consultar su situación pensional, el incumplimiento de sus deberes como consumidor financiero y el principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. Presentó como excepciones las de «la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen», «responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social», «juicio de proporcionalidad y ponderación», «el error de derecho no vicia el consentimiento», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política)», «buena fe de Colpensiones», «falta de causa para pedir», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción» e «innominada o genérica» (fl. CD 197).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 17 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., así como el traslado horizontal a la AFP HORIZONE S.A., hoy PORVENIR S.A. En consecuencia, condenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante, incluyendo aportes, bonos pensionales, rendimientos financieros e intereses, sin descuento alguno. Ordenó a

COLPENSIONES activar la afiliación del accionante y a realizar la actualización de la historia laboral. Condenó en costas a las accionadas.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que las AFP demandadas no cumplieron con la carga de probar el cumplimiento de su deber de información, máxime cuando COLFONDOS se allanó a las pretensiones de la demanda, precisando que el formulario de afiliación no es suficiente para tal fin, puesto que no permite establecer que el traslado obedeció a una decisión informada, ajustada a los parámetros de libertad informada, precedida de información clara comprensible y suficiente, sobre las condiciones de su decisión. Recordó que las AFP desde su fundación, han estado obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente, acerca de las características de uno y otro régimen pensional, conforme con el artículo 12 del Decreto 720 de 1994. Recalcó que conforme con la jurisprudencia de la SCL de la CSJ ha reiterado que la diligencia debida en torno al deber de información por parte de las AFP, se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada, correspondiendo a las administradoras, allegar prueba, sobre los datos proporcionados a los afiliados, de tal suerte que se deduzca que la información brindada fue comprensible, clara y oportuna. Aclaró que el precedente jurisprudencial de la SCL de la CSJ ha indicado que los traslados horizontales no convalidan la voluntad del afiliado de permanecer en el régimen privado, por lo que encontró procedente declarar la ineficacia del traslado inicial y de los subsiguientes.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de PORVENIR S.A., apeló la decisión solicitando sea revocada en su integridad, argumentando que la decisión viola el principio de legalidad al exigir el cumplimiento de leyes que no estaban vigentes al momento del traslado, puesto que para esa data sólo era menester la suscripción del formulario de afiliación. Resaltó que para el momento del traslado del demandante, el grado del deber de información a cargo de las AFP era diferente, puesto que aquel ha tenido un avance legal y jurisprudencial en los últimos años. Aclaró que sólo hasta el Decreto 2555 de 2010 y el Decreto 2071 de 2015, las AFP adquirieron la obligación se asesoría e información. Recordó que el demandante es un profesional en derecho, por lo que con mayor razón se debe tener en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa y que no es posible alegar a su favor su propia culpa. Aseveró que la actitud pasiva del actor da cuenta de su deseo de permanecer en el RAIS, pues no ejerció su derecho de retracto, ni retornó al RPMPD en las oportunidades que la ley establece, aunado a que, nunca se acercó a COLPENSIONES a preguntar sobre la

posibilidad de afiliarse allí. Señaló que el motivo del demandante para solicitar la ineficacia de la afiliación es la diferencia en la mesada pensional que recibiría en ambos regímenes, pasando por alto que la Corte Constitucional, ha dicho que el sistema de pensiones no tiene la finalidad de asegurar una cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestos los afiliados y beneficiarios. En caso de confirmar la decisión, solicitó se modifique la sentencia en el sentido de revocar la orden de devolver los gastos de administración y seguros previsionales, teniendo en cuenta que, aquellos por ley, tienen una destinación específica que ya se cumplió, esto es, los gastos de administración fueron utilizados para efectuar la correcta administración de los aportes del actor y los seguros previsionales garantizaron al cobertura de las contingencias. Arguyó que la Superintendencia Financiera ha reiterado que al declararse la ineficacia, sólo procede el traslado de los aportes, rendimientos financieros y el fondo de garantía de pensión mínima, respetando los gastos de administración y la prima de seguros, puesto que el riesgo ya fue sufragado por a la aseguradora, en estricto cumplimiento de su deber.

A su turno, el apoderado judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión, argumentando que hubo yerros en el análisis probatorio, por lo que, a su juicio, se deben escuchar los interrogatorios de parte, en tanto, es incomprensible que la AFP COLFONDOS se allanara a las pretensiones pero en dicha diligencia asegurara que sí cumplió con sus obligaciones. Aseveró que es menester un pronunciamiento sobre el principio de sostenibilidad financiera, porque es de obligatorio cumplimiento por ser parte del Acto Legislativo 01 de 2005, manifestando que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la incidencia de la declaratoria de ineficacia en el principio de sostenibilidad. Señaló que le *apena tener que dar una clase de regímenes pensionales* (sic), porque el A quo no se pronunció al respecto, aclarando que los riesgos que asume COLPENSIONES son diferentes a los que aceptan los fondos privados, por ende, los rendimientos obtenidos varían. Añadió que el demandante afirmó que se trasladó al RAIS, por cuanto le aseguraron que el ISS se liquidaría, no obstante, no demostró ni siquiera de manera sumaria que ello fue así. Afirmó que el precedente jurisprudencial esbozado por el A quo, es de carácter interpretativo y no de obligatorio cumplimiento. Finalmente, solicitó se absuelva a la entidad del pago de costas procesales y agencias en derecho, toda vez que en virtud de una obligación legal debe asistir como litisconsorte necesario.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y

de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. A su vez, las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. La accionada COLFONDOS guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, es pertinente entrar a definir si era dable o no admitir el allanamiento de COLFONDOS a las pretensiones de la demanda y presentado en el trámite del proceso, que fue aceptado por el a quo, y al efecto, debe decirse, que tal figura jurídica, esto es, la declaración de voluntad unilateral del demandado por la cual acepta que la parte actora tiene derecho a lo que se solicitó en la demanda incoada en su contra, en otras palabras, la decisión que muestra su conformidad con las pretensiones de quien le requiere o convoca judicialmente, siendo dable aclarar que cuando hay allanamiento parcial, el proceso continúa respecto a lo no allanado. La mencionada figura procesal se encuentra regulada en el artículo 98 del CGP en los siguientes términos:

> *«**ARTÍCULO 98. ALLANAMIENTO A LA DEMANDA.** En la contestación o en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia el demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda reconociendo sus fundamentos de hecho, caso en el cual se procederá a dictar sentencia de conformidad con lo pedido. Sin embargo, el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude, colusión o cualquier otra situación similar.*
>
> *Cuando la parte demandada sea la Nación, un departamento o un municipio, el allanamiento deberá provenir del representante de la Nación, del gobernador o del alcalde respectivo.*
>
> *Cuando el allanamiento no se refiera a la totalidad de las pretensiones de la demanda o no provenga de todos los demandados, el juez proferirá sentencia parcial y el proceso continuará respecto de las pretensiones no allanadas y de los demandados que no se allanaron».*

A su vez, el artículo 99 ibídem dispone la ineficacia del allanamiento en los siguientes casos:

1. Cuando el demandado no tenga capacidad dispositiva.

2. Cuando el derecho no sea susceptible de disposición de las partes.

3. Cuando los hechos admitidos no puedan probarse por confesión.

4. Cuando se haga por medio de apoderado y este carezca de facultad para allanarse.

5. Cuando la sentencia deba producir efectos de cosa juzgada respecto de terceros.

6. Cuando habiendo litisconsorcio necesario no provenga de todos los demandados.

Como puede verse, aunque de manera expresa se efectué el allanamiento a la demanda este resulta ineficaz en esos precisos eventos ya descritos, y para el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un litisconsorcio necesario dado que el fallo que se produzca les atañe a todos los codemandados por igual, por lo que resulta necesario para que el allanamiento alcance eficacia, que hubiese sido efectuado por todos demandados. En efecto, recuérdese que el aquí demandante pretende la declaratoria de la nulidad de su traslado de régimen pensional efectuado al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A., cuya consecuencia, no es otra que continuar afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, lo cual conlleva a que necesariamente COLPENSIONES asume, eventualmente, la carga de admitirlo como afiliado suya en el RPMPD que administra, que a su vez acarrea el tener que recibir los aportes efectuados en el RAIS y eventualmente tener a su cargo las prestaciones económicas a que tuviera derecho el afiliado demandante (riesgos de IVM - Indemnización).

En este escenario, resulta evidente que en tratándose de un litisconsorte necesario, como es el caso que nos ocupa, en el que el asunto a resolver versa en los términos del artículo 61 del CGP «*sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, [*debe*] resolverse de manera uniforme*», resultaba necesario que COLPENSIONES también se hubiere allanado a la pretensión relativa a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la vinculación del demandante a COLFONDOS y por ende de su vinculación al RAIS, así como hacerle entrega a COLPENSIONES de todos los valores que se encuentren en su cuenta individual, pues como ya se dijo, tales ordenes la afectan directamente, produciéndole *«efectos de cosa juzgada»* como lo preceptúa el numeral 5 del artículo 99 del CGP, configurándose pues, otra causal de ineficacia de dicho allanamiento.

En suma, no queda dudas entonces que el extremo procesal pasivo está conformado por una pluralidad de sujetos procesales que eventualmente concurren como eventuales destinatarios de los efectos de la sentencia en su contra, individual o conjuntamente considerados, lo cual puede llegar a afectar sus intereses, no solo procesales sino financieros, más aun cuando se trata de entidades que administran el Sistema General de Pensiones respecto incluso de los cuales la Nación es garante, directa o indirectamente, y ocurre cuando uno de estos sujetos «*privados*» previamente se allana a las pretensiones, y es por lo que tal allanamiento obviamente incide en las resultas del proceso respecto de los demás que conforman la pasiva, como ocurre en el sub judice, y particularmente, sin atender que la entidad que se allana es de la cual se predica la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional.

Todo lo cual, no solamente va en desmedro de los intereses procesales de los demás sujetos que NO intervienen en tal acto, sino que puede llegar al incumplimiento de expresos deberes legales, como parte o apoderados judiciales, según el artículo 78 del CGP, por lo tanto, COLPENSIONES no participó de dicho acto jurídico al echarse de menos en el proceso el acta respectiva del Comité de Conciliación de dicha entidad, tal como lo ordenan el artículo 65B– de la Ley 23 de 1991, adicionado por la Ley 446 de 1998 y su Decreto Reglamentario 1716 de 2009. Resultando claro, entonces, que erró el juez a quo, ya que no debió tener por contestada la demanda, y mucho menos aceptar el allanamiento.

DE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de

trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folios 25 y 26 del expediente digital obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 08 de agosto de 1961, por lo cumplirá 62 años el mismo día y mes del año 2023, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES, COLFONDOS y PORVENIR S.A., el 20 de junio de 2019 (fls. 43, 56, 63 y 66), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 190 semanas cotizadas al ISS (fls. 27 a 31), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 22 de noviembre de 1996 (fl. 78), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado,

---

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo 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 de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (22 de noviembre de 1996), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS. omitió en el momento del traslado de régimen (22 de noviembre de 1996, fl. 78), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto de apelación, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista

razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben ser retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP 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, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «*en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima*».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15

años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen. De igual modo, se precisa, el hecho de que la parte actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que se trató de traslados dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliado.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas en estricto sentido las AFP, incluida COLPENSIONES, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se confirmará la decisión en este aparte de la sentencia.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

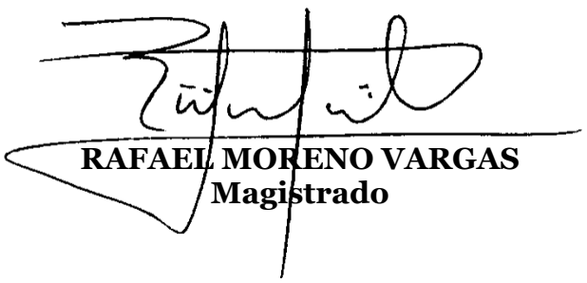
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

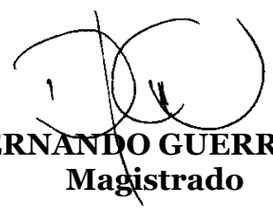
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LIZ NANCY GARCÍA PINZÓN contra COLPENSIONES Y OTRO. Rad. 110013105-030-2019-00382-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por las accionadas OLD MUTUAL, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 30° Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de octubre de 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora LIZ NANCY GARCÍA PINZÓN, pretende que se declare la nulidad del traslado del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -ISS-, hoy COLPENSIONES, Pensiones y Cesantías COLPATRIA, hoy PORVENIR y como consecuencia el de OLD MUTUAL y PROTECCIÓN, realizado el 27 de mayo de 1994, por vicio en el consentimiento al recibir información incompleta, errada, no veraz, no realización de proyección de mesada pensional por parte de los funcionarios del fondo privado COLPATRIA, hoy PORVENIR. Que se ordene a las entidades demandadas realizar automáticamente su retorno al RPMPD la demandante, ordenándose a PORVENIR, OLD MUTUAL y PROTECCION, la devolción de todos los dineros, aportes, intereses y bono pensional recibidos fruto del traslado. Se condene a lo ultra petita y extra petita, indexándose las sumas reconocidas, más las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que se encontraba afiliada al ISS desde el mes de febrero de 1982 y se cambió al RAIS para el fondo de cesantías y pensiones COL PATRIA el 27 mayo del año de 1994, por falta de una asesoría completa, veraz y oportuna por parte de los empleados de Colpensiones, puesto que esta última no le indico las consecuencias y perjuicios que le causaría cambiarse de régimen. Manifestó que los empleados comerciales de COLPATRIA, hoy PORVENIR, le exteriorizaron que saldría con una mejor pensión, que se podría pensionar cuando ella quisiera (verdad a medias), y que el I.S.S hoy COLPENSIONES, se liquidaría y sus aportes estarían en riesgo. Que, no recibió una proyección que permitiría realizar una comparación de las mesadas pensiónales entre los regímenes al cumplir su edad de pensión y así poder establecer los beneficios o perjuicios del proceso de traslado. Luego se trasladó a la AFP OLD MUTUAL el 01 de octubre de 1996 y el 11 de mayo de 2004 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN. Que solicitó ante las accionada la nulidad del traslado, pero fue negada. Finalmente indicó haber nacido el 27 de septiembre de 1962 y que su mesada pensional en COLPENSIONES resulta superior a la de Protección (fl. 55 a 67).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que en el presente asunto no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A, así como los posteriores traslados a OLD MUTUAL y a la AFP PROTECCIÓN S.A., es nulo y/o ineficaz, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al RAIS. Agregando que el artículo 83 de la Constitución Política del año 1991, manifiesta que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas, por lo que de alegarse por parte de la demandante que la AFP PORVENIR S.A., a través de sus asesores comerciales, mediante maniobras engañosas, efectuó el traslado del RPMPD con destino al RAIS, es a esta misma a quien le corresponde única y exclusivamente, desvirtuar la buena fe del Fondo de pensiones. De tal modo que el traslado goza de validez. Formuló como

excepciones de mérito las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe» e «innominada o genérica» (fls. 118 a 125).

La AFP OLD MUTUAL S.A., contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la demandante estuvo válidamente vinculada con PENSIONAR fondo de Pensiones hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., mediante formulario de afiliación 033422 suscrito el 29 de septiembre de 1996, afiliación que se hizo efectiva en la misma anualidad, precisando así, que la elección libre y voluntaria de la demandante, se materializa con la suscripción del formulario de afiliación, tal y como lo dispone el artículo 2 del decreto 1642 de 1995, norma que se encuentra vigente y que surte plenos efectos jurídicos; y de acuerdo con la Ley, la sección de régimen dentro del sistema general de pensiones es libre y voluntaria por parte de la afiliada, por lo que en tal sentido, al seleccionar de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme los dispone la Ley 100 de 1993. Formuló las excepciones de fondo que denominó como «prescripción», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «buena fe», «genérica» y «pago» (Fls. 146 a 152)

La AFP PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando para tal efecto que, que es improcedente la solicitud de nulidad de traslado de traslado de régimen, por cuanto la afiliación no contiene vicio alguno en el consentimiento expresado por la señora al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a la AFP, por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizada por la demandante. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (Fls. 164 a 170).

La AFP PROTECCIÓN S.A., a su turno, contestó de la demanda, arguyendo que su representada asesoró a la accionante al momento de su afiliación respeto de todo el sistema general de pensiones, como de las características del RAIS y del RPM, las diferencias entre estos, y la forma de adquirir la pensión en cada una, así mismo de los aspectos necesarios para que pudiera tener claridad respecto de su panorama pensional para que pudiera tomar una decisión voluntaria, cumpliendo los requisitos de existencia y validez, motivo por el cual apuntó que produce efectos jurídicos. Formuló como excepciones de mérito, las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento

de la afiliación a la AFP», «buena fe por parte de la AFP Protección», «inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación por falta de causa porque afecta derechos de terceros de buena fe», «prescripción» y «excepción genérica» (fls. 246 a 251).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 06 de octubre de 2020, declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante del ISS a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. el 1 de junio de 1994; en consecuencia declaró válidamente afiliada a la accionante a COLPENSIONES; condenó a las AFP PROTECCIÓN, OLD MUTUAL o SKANDIA y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo que permaneció en dichas administradoras AFP, los cuales deberán ser indexados; ordenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores en la cuenta de ahorro individual, actualice la información en su historia laboral. Condenó en costas las AFP PORVENIR, PROTECCIÓN y OLD MUTUAL o SKANDIA.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha establecido que para que el traslado de régimen sea válido es menester que el afiliado haya recibido una información amplia y completa sobre las implicaciones de su decisión. Precisó que no basta con que el fondo entregue la información al afiliado, sino que debe demostrar en juicio que cumplió con tal deber, aclarando que el formulario de afiliación no es suficiente para tal fin, dado que no acredita la existencia de un consentimiento informado. En ese orden, señaló que, conforme al Código Civil, el consentimiento del actor se vio afectado por el dolo, dado que la AFP debió actuar si quiera con la mínima diligencia posible, máxime cuando su función no solo es administrar correctamente sus negocios sino también brindar a los afiliados toda la información que se requiera para que su consentimiento no sea viciado. Por lo anterior, concluyó que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información, pues los comunicados allegados no dan cuenta de que el actor recibió la información completa, veraz y oportuna, aunado a que no puede darse por satisfecho el deber de información solo con una expresión genérica, sino que deben documentar de forma detallada las asesorías brindadas. Manifestó que los traslados horizontales no subsanan el traslado de régimen y que los términos de prescripción laboral y civil no afectan el derecho a la pensión por estar ligado al derecho fundamental a la seguridad social.

RECURSO DE APELACIÓN

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha establecido que para que el traslado de régimen sea válido es menester que el afiliado haya recibido una información amplia y completa sobre las implicaciones de su decisión. Precisó que no basta con que el fondo entregue la información al afiliado, sino que debe demostrar en juicio que cumplió con tal deber, aclarando que el formulario de afiliación no es suficiente para tal fin, dado que no acredita la existencia de un consentimiento informado. En ese orden, señaló que, conforme al Código Civil, el consentimiento del actor se vio afectado por el dolo, dado que la AFP debió actuar si quiera con la mínima diligencia posible, máxime cuando su función no solo es administrar correctamente sus negocios sino también brindar a los afiliados toda la información que se requiera para que su consentimiento no sea viciado. Por lo anterior, concluyó que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información, pues los comunicados allegados no dan cuenta de que el actor recibió la información completa, veraz y oportuna, aunado a que no puede darse por satisfecho el deber de información solo con una expresión genérica, sino que deben documentar de forma detallada las asesorías brindadas. Manifestó que los traslados horizontales no subsanan el traslado de régimen y que los términos de prescripción laboral y civil no afectan el derecho a la pensión por estar ligado al derecho fundamental a la seguridad social.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada judicial de OLD MUTUAL, apeló la decisión parcialmente respecto de los gastos de administración, en el entendido que se tuvieron dos cuotas a cumplir, una póliza de riesgo, invalidez y muerte de la cual la demandante fue beneficiaria durante su afiliación a la entidad, y la segunda, los gastos propios de administración de la cuenta, los cuales, de acuerdo a la Ley 100, el fondo puede descontar de la propia cuenta, teniendo de presente que se trata de unas imposiciones normativas; señaló que, al ordenarse devolver los gastos de administración indexados a costa de su patrimonio, no solo se produce un enriquecimiento injustificado por parte de la actora, sino que se afectan los fondos directamente por cumplir con la normatividad que fueron creados, agregó que estos podrían cubrirse con los rendimientos que se generaron, ya que estos siempre serán superiores respecto de los gastos de administración, de manera que, no se aplica la figura de retrotraer los efectos a como si estos nunca hubiesen sucedido, afectando a los fondos. Finalmente, manifestó que la condena en costas no se hizo en debida forma teniendo en cuenta la naturaleza del proceso y que fue una condena considerable.

A su turno el apoderado PORVENIR interpuso recurso de apelación, respecto a la decisión emitida por el despacho, sustentó el recurso en tres aspectos, primero, en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia del traslado de Régimen pensional de la demandante, segundo en lo que corresponde a la devolución de los gastos de administración y primas de seguros correspondientes a la entidad por el tiempo que ella estuvo vinculada y la consecuencial condena en costas. Manifestó que lo que se debió estudiar fue la nulidad de traslado de Régimen pensional, fundamentado en algún vicio del consentimiento. Afirmó no haber encontrado acreditado el dolo por parte de la entidad al momento de realizar la asesoría, puesto que contrario a ello, se asesoró a la actora sobre las características técnicas del Régimen, respecto a la ineficacia del Régimen pensional manifestó que se aparta de las razones expuestas, puesto que, para encontrar consolidado el actuar que da lugar a la ineficacia del traslado de Régimen pensional, se debe verificar si en el caso concreto se dio lugar a una situación que le impidiera al afiliado manifestar de manera libre su voluntad. Señaló que se encontraron tres traslados horizontales que ratifican la voluntad de permanencia, aunado a que no se evidencio el daño que se le ocasionó a la demandante al momento de hacer el traslado de Régimen pensional y para dicha ese momento no se exigía a las AFP un tipo de información especial que debiera otorgarse a los afiliados, agregó que, no se encontró acreditada la situación que da lugar a un vicio del consentimiento, ni a la ineficacia de traslado al Régimen pensional. Anotó además que, respecto de los gastos de administración, para el momento del litigio no es la AFP que cuenta con los recursos de la cuenta de ahorro individual con la demandante. Precisó que la ineficacia no puede generar la devolución de gastos ni de rendimientos financieros porque son generados en el Régimen de Ahorro Individual, reconociendo la existencia de la ineficacia solo para algunos efectos, lo que conlleva a un enriquecimiento sin justa causa; concluyó que respecto a los gastos de administración, también contemplan el pago de seguros, al respecto afirmó que de la gestión que realizo la demandante se vio beneficiada, y no es dable que la no causación del siniestro conlleve a la devolución de los mismos, recalcando que son sumas que tienen una destinación diferente a la pensión.

Por su parte el apoderado de PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación parcial, respecto de la decisión emitida por el despacho, específicamente en lo concerniente al numeral tercero y octavo de la Sentencia, frente al primero, dado que solicita se absuelva a la entidad de los gastos de administración son taxativos y se encuentran regulados, de los cuales tienen derecho los fondos privados y COLPENSIONES, y fueron usados para cubrir los gastos del fondo para dar un adecuado rendimiento a los fondos de los afiliados, ello generaría un doble enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES y la demandante, soportado en el principio de igualdad y

restituciones mutuas. Respecto del numeral octavo, consideró que la condena se encontró desbordada y desigual, resaltó que no desconoce que la parte vencida debe asumir estas costas y agencias en derecho, pero no fue PROTECCION quien realizó el traslado primigenio, expresó que la entidad cumplió con demostrar que cumplió su gestión bajo el amparo de la ley y al ser tan elevada las condena, consideró que fue un castigo al fondo por presentar una defensa que daba cuenta del cumplimiento de los deberes a los cuales estaba obligado, aseguró que ello denotó una desigualdad respecto de COLPENSIONES, a pesar de tener las mismas obligaciones de informar a sus afiliados, por lo que conceptuó como una discriminación que no se compadece al actuar.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los de la alzada, solicitando sea revocada la sentencia de primera instancia. La parte actora, solicitó por el contrario, su confirmación.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte

Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 04 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 27 de septiembre de 1962, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 30 de enero de 2019 (fls. 21 y 22), es decir, cuando evidentemente ya le faltaban menos de diez años de edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 528 semanas cotizadas al ISS (fl. 5), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 27 de mayo de 1994, según información registrada en el formulario de afiliación a COLPATRIA, hoy PORVENIR (fl. 242).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo 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 de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (27 de mayo de 1994, Fl., 242), plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR, antes COLPATRIA, omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen. De igual modo, se precisa, el hecho de que la actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que se trató de traslados dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de

haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliado.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas en estricto sentido las AFP recurrentes, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, precisando en lo que refiere al monto de la misma, que no es esta la oportunidad procesal para controvertirla en los términos estipulados por el artículo 366 del CGP.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado, para en su lugar, establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un TRASLADO INEFICAZ. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un

TRASLADO INEFICAZ, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos allí consignados. En lo demás se confirma la decisión.

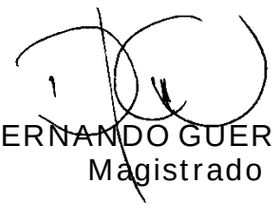
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

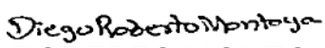
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por FELIX GÓMEZ DUARTE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, AFP´S PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Rad 110013105-023-2019-00176-01.

Con la finalidad de resolver los recursos interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas, contra la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de mayo de 2021. De igual manera revisar la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor FELIX GÓMEZ DUARTE, promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ante la omisión por parte de COLFONDOS S.A. del deber profesional de información; del mismo modo se ordene el traslado y afiliación a Colpensiones como si nunca se hubiere ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad. Por lo anterior se ordene a PORVENIR S.A., fondo de afiliación actual, a devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubiere causado conforme el Artículo 1746 del Código Civil; se condene a PORVENIR en caso de haberse otorgado previamente la pensión al momento de dictarse la sentencia que ponga fin a esta litis, a seguir pagando la

misma hasta tanto sean trasladados todos los recursos a Colpensiones. Lo anterior, más la condena en costas, así como lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 20 de diciembre de 1977, que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados de pensiones se trasladó a Colfondos S.A. el 22 de julio de 1994; resaltó que en su afiliación se limitó a llenar un formato preestablecido sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado o cotizando; resaltó que el fondo privado no le entregó proyección de lo que sería el valor de la pensión en cada uno de los regímenes, como tampoco le entregó información de cuál era la tabla de mortalidad de rentistas que se estaba utilizando por parte de la administradora para realizar la proyección de la pensión y que de variar la misma, el valor de la mesada pensional iba a cambiar; en el mismo sentido precisó que no se le entregó información indicándole que de tener cónyuge o compañero permanente, hijo discapacitado o menor de edad, el monto de su pensión sería menor que en el régimen donde se encontraba, toda vez que se liquida teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta tanto del afiliado como de sus beneficiarios, insistió que no le entregó información objetivamente verificable que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen tornándose en ineficaz; manifestó que solicitó ante Colpensiones que anulara su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, petición que no fue resuelta; Concluyó que en el evento de haber continuado en el régimen de Prima Media y no haberse trasladado al RAIS el monto de su pensión a la fecha de cumplimiento de los requisitos sería aproximadamente de $1.079.798 en el RPMPD mientas que en el RAIS sería de $814.746, generando una diferencia en el monto mensual de la pensión (Fl. 03 a 39).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, solicitando se le absuelva todas y cada una de ellas, argumentando para tal fin que el actor no tiene derecho a la nulidad solicitada, pues la afiliación, cuenta con validez, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por el demandante a dicho fondo, de manera libre, espontánea y voluntaria, además no obra soporte alguno en el expediente que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado por el actor; agregó, que al suscribir dichos formularios entre

las partes, se presenta un negocio jurídico, en el cual se originan obligaciones reciprocas; estando en cabeza del actor informarse de las consecuencias de traslado y siendo una información pública, la misma no la hizo, razón por la cual se está en presencia de un error de derecho que en términos del artículo 1509 del código civil, no vicia el consentimiento, por lo tanto no hay derecho a la nulidad solicitada por el demandante, pues no se evidencia que haya existido vicio del consentimiento alguno. Propuso como excepciones las de «validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «buena fe», «inexistencia de intereses moratorios e indexación», «compensación» e «innominada o genérica» (fl. 261 a 269).

La AFP COLFONDOS S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que sí brindó al demandante, que fue una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el RAIS del cual venía afiliada, en la que se le recordó acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Igualmente, se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más les convenga, entre otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación y conforme a su manifestación de voluntad expresada donde quedé plasmado su consentimiento. Así mismo se le dio a conocer a el actor toda la información necesaria respecto de la forma como se construyen las pensiones en el RAIS, además de indicarle acerca de los parámetros propios de dicho régimen para el cálculo de las prestaciones económicas propiamente en lo que respecta a la pensión de vejez, la cual presenta diferencias respecto de la pensión en el RPMPD. Concluyendo, que al contar el demandante con una información, clara, cierta, completa y precisa frente a las características propias de los regímenes pensiónales, la llevó de manera libre, voluntaria y espontánea a trasladarse de administradora de fondos de pensiones en el mismo régimen del cual venía afiliado, conllevaba a afirmar que no existió omisión de información, como tampoco indebida o equivocada asesoría al momento del traslado de administradora de fondos de pensiones. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado», «no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de Prima Media con Prestación Definida», «buena fe»,

«validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad», «compensación y pago», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero», «nadie puede ir en contra de sus propios actos», «petición antes de tiempo» y «ausencia de vicios del consentimiento» (Fls. 287 a 306).

Mediante auto del 23 de abril de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP PORVENIR S.A. (fl. 359).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 28 de mayo de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante al RAIS administrado por PORVENIR S.A. y a la AFP COLFONDOS, como consecuencia de lo anterior, condenó a la AFP COLFONDOS devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo a la afiliación del actor, como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por administración ni por otro concepto, todo ello de manera indexada. Autorizó efectuar el descuento del dinero que transfirió la AFP COLFONDOS con ocasión del traslado efectuado el 01 de enero de 200.

Condenó a las AFP COLFONDOS y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por administración ni por otro concepto, indexado al momento del pago. Declaró que el actor se encuentra afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES y condenó en costas a la AFP COLFONDOS S.A.

Para arribar a las anteriores conclusiones, señaló, en síntesis, que conforme a la jurisprudencia vigente, es un deber de las administradoras de fondos de pensiones brindar la información completa suficiente y necesaria sobre las implicaciones que conllevaría el traslado de régimen pensional, especialmente respecto de las características condiciones y diferencias de los regímenes pensionales, así como las consecuencias que lleva ese cambió; señaló ser procedente incluso declarar la ineficacia sin importar si se tiene o no un derecho consolidado y si se tiene o no el beneficio de la transición, o si se está próximo a pensionar. Sostuvo que en el presente asunto, frente a la forma cómo se dio la vinculación de la parte actora al RAIS en virtud de la inversión de la carga de la prueba le correspondía a la AFP COLFONDOS demostrar que en efecto existió la explicación debida sobre las implicaciones de

cambio de régimen, sin embargo no se logró establecer dichos elementos relacionados con el deber de información, siendo los únicos elementos de juicio aportados el formulario de afiliación, lo cual resultaba insuficiente, no era prueba suficiente para cumplir esta carga probatoria, dado que es un formulario preimpreso donde se establecen de manera general que de manera libre y voluntaria selecciona el régimen, pero que para el a quo no era suficiente, pues consideró que no se trataba únicamente de suscribir ese formulario, ni adherirse al mismo, de modo que no suplía el deber del buen consejo. En sentido, estimó que era procedente declarar la ineficacia del traslado inicial y la que se produjo con posterioridad en el RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

La AFP COLFONDOS apeló la decisión de manera parcial, en lo que tiene que ver con la condena devolución de los gastos de administración de forma indexada, para lo cual, argumentó que en estos momentos no cuenta con saldos a favor del demandante en su cuenta de ahorro individual, asimismo, preciso que tales descuentos se efectuaron en virtud de la Ley y además se efectúan en ambos regímenes tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual e indicando que el demandante se benefició de los rendimientos generados sobre su cuenta de ahorro individual, aclarando que los rendimientos resultan superiores a los gastos de administración. Explicó que la devolución de gastos de administración se tornaría un resarcimiento de daños y perjuicios contra el patrimonio de Colfondos, los cuales no fueron alegados ni acreditados en el proceso. Aunado a que no hay norma que estipule tal devolución, por lo que no es dable la devolución de los gastos de administración.

La apoderada judicial de la AFP PORVENIR interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión, argumentando que por haber existido actos jurídicos que versaron por la voluntad del demandante, se debe respetar la voluntad de las partes y se de valor probatorio a los formularios de afiliación suscritos, los cuales demuestran los requisitos vigentes para el momento y la voluntad expresa del afiliado, que entendía que el jurídico que realizaba era vital para su futuro pensional y se sometía a las condiciones del RAIS para ese momento. Que si bien se indica que no había prueba de la asesoría según los parámetros de la CSJ SL, sin embargo, tal situación no estaba reglada para ese momento y las asesorías se realizaban de manera verbal, siendo la prueba del cumplimiento y que debe ser exigible era el formulario de afiliación que prueba el consentimiento y la voluntad del actor, que mantuvo en el tiempo con la vinculación en el RAIS. Agregó que el afiliado tenía unos deberes que incumplió y no se informó sobre el acto jurídico que estaba adoptando, las cuales estaban consagradas en normas de público conocimiento, de modo que la falta de

conocimiento no se puede invocar como pretexto para invocar vicios en el consentimiento. Agregó que no es justo dar la ineficacia del traslado, pues el actor sólo lo que busca es obtener una mejor pensión, desconociendo los beneficios económicos que también obtuvo en el RAIS, durante su vinculación, como por ejemplo los rendimientos generados; situación que no sucede en el RPMPD. De modo que su única motivación para retornar a este régimen son las diferencias en las mesadas pensionales que podría recibir, lo cual no es un factor suficiente para viciar la voluntad del demandante y señalar que los fondos incumplieron con su deber. Que, de confirmarse la decisión, se absuelva de la condena por concepto de devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta que estos tienen un mandato legal y una destinación específica, que fue cumplida por la AFP mientras estuvo allí vinculado, siendo invertidas en la forma que exige la Ley y no se encuentran en su poder. Por o tanto, no se corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas.

Finalmente, la apoderada judicial de Colpensiones interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, argumentando para tal efecto, que no existen vicios del consentimiento o dolo, pues no había una expectativa legítima para el demandante, como quiera que a la fecha del traslado el actor contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez, conforme a la sentencia C-789 de 2002, además, el actor no era beneficiario del régimen de transición por semanas, de modo que no le es aplicable la sentencia SU 130 de 2013. Resaltó que no se logra probar una información equivocada o falaz por parte de los fondos, si se tiene en cuenta que, para el año del traslado en el año 1994, los fondos sólo tenían obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado. Que lo que sí se podía evidencia del interrogatorio de parte, que el demandante se encuentra inconforme con la mesada a recibir en el RAIS, de modo que era importante tener en cuenta un precedente horizontal del Tribunal Superior de Pereira, en torno a que esta inconformidad no es prueba para determinar un engaño por parte del fondo. En tal sentido, concluyó que lo que hubo fue un desinterés del actor con respecto a revisar su situación pensional, por tanto, no hay lugar a declarar la ineficacia solicitada.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. De igual modo, la parte actora solicitó que se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para

A folio 89 del expediente obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 26 de enero de 1957, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 16 noviembre de 2019 (fl. 76), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 353 semanas de cotización (fl. 49), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 22 de julio de 1994 (fls. 90), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación

---

quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo 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 de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (22 de julio de 1994, fl. 90), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS, Desde luego que en el interrogatorio de

parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (22 de julio de 1994), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto de apelación, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben ser retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la

devolución de los gastos de administración que «en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

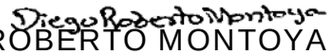
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JOSÉ CLODOVEO RAMOS PEDRAOS contra COLPENSIONES, AFP´S PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. Rad. 110013105-030-2019-00541-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las accionadas, contra la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de mayo de 2021. De igual modo, revisarla en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ CLODOVEO RAMOS PEDRAOS promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual -RAIS, el día 05 de febrero de 1997 con el fondo privado de pensiones y cesantías PORVENIR, así como las nulidades de las afiliaciones posteriores que efectuó el 29 de octubre de 2.004 con el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías SANTANDER, hoy PROTECCÓN y el 01 de abril de 2006 con el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por no haberse brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro Sistema de Pensiones y en especial de su situación personal y concreta. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos traslados, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla entre sus afiliados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RMPD, como sí nunca se

hubiera trasladado en virtud del regreso automático. Se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas y a lo extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que se trasladó del RPMPD al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Porvenir, el día 05 de febrero de 1997. Señaló que el asesor comercial no le brindó información clara completa y oportuna acerca de la ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPMPD como en el del RAIS, en especial no le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de Régimen Pensional. Que se trasladó de la AFP Colmena al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Santander el día 29 de octubre de 2004; luego se trasladó a la AFP Porvenir el día 01 de abril de 2006. Que son las referidas tienen la carga de la prueba para demostrar que cumplieron con el deber de ofrecerle la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de Régimen Pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo. Que la AFP Porvenir le realizó una simulación pensional dentro de su plan de vida bajo la modalidad de retiro programado cotizando el 100% del tiempo, en la cual proyectó el valor de su mesada pensional, para cuando cumpliese 60 años de edad, para el año 2023, arrojando como resultado la suma de $1.148.800, mientras que realizando la simulación pensional en el RPMPD administrado por Colpensiones conforme a lo contemplado en la Ley 797 de 2003, mesada pensional mensual equivaldría a la suma de $2.482.445. Agregando que sumadas las semanas cotizadas y las proyectadas desde el 02 de junio de 1975 y el 30 de mayo de 2025, arrojaría un total de 1.303 semanas. Finalmente, que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones el 15 de mayo de 2019, obteniendo respuesta negativa (Fl. 51 a 58).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que en el presente asunto no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante JOSÉ CLODOVEO RAMOS PEDRAOS y la AFP PORVENIR S.A, es nulo y/o ineficaz, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le

acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al RAIS. Agregando que el artículo 83 de la Constitución Política del año 1991, manifiesta que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas, por lo que de alegarse por parte de la demandante que la AFP PORVENIR S.A., a través de sus asesores comerciales, mediante maniobras engañosas, efectuó el traslado del RPMPD con destino al RAIS, es a esta misma a quien le corresponde única y exclusivamente, desvirtuar la buena fe del Fondo de pensiones. De tal modo que el traslado goza de validez. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 75 a 82).

La AFP PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando para tal efecto que, cumplió con el deber de información conforme a la normatividad vigente para el momento del traslado, con el fin de que el demandante decidiera de forma libre, voluntaria y sin presiones, el régimen más beneficioso para sus intereses. Arguyó que no es procedente ordenar la afiliación del actor al RPMPD, toda vez que no allegó prueba alguna sobre las razones de hecho que fundamentan la ineficacia de la afiliación al RAIS. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Fls. 103 a 120).

Mediante auto del 08 de octubre de 2020, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. (FL. 145).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 13 de mayo de 2021; declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del RPMPD, al RAIS mediante PORVENIR S.A., el 05 de febrero de 1997. Declarando válidamente vinculado al actor a CLPENSIONES. En consecuencia, condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, incluidos los rendimientos y gastos de administración, debidamente indexados; condenó tanto PORVENIR, como a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados mientras el actor permaneció en dichos fondos. Ordenó a COLPENSIONES actualizar la historia laboral del

accionante, una vez reciba los traslados. Condenó en costas a las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha establecido que para que el traslado de régimen sea válido es menester que el afiliado haya recibido una información amplia y completa sobre las implicaciones de su decisión. Precisó que no basta con que el fondo entregue la información al afiliado, sino que debe demostrar en juicio que cumplió con tal deber, aclarando que el formulario de afiliación no es suficiente para tal fin, dado que no acredita la existencia de un consentimiento informado. En ese orden, señaló que, conforme al Código Civil, el consentimiento de la actora se vio afectado por el dolo, dado que la AFP debió actuar si quiera con la mínima diligencia posible, máxime cuando su función no solo es administrar correctamente sus negocios sino también brindar a los afiliados toda la información que se requiera para que su consentimiento no sea viciado. Por lo anterior, concluyó que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información, pues los comunicados allegados no dan cuenta de que el actor recibió la información completa, veraz y oportuna, aunado a que no puede darse por satisfecho el deber de información solo con una expresión genérica, sino que deben documentar de forma detallada las asesorías brindadas. Manifestó que los traslados horizontales no subsanan el traslado de régimen y que los términos de prescripción laboral y civil no afectan el derecho a la pensión por estar ligado al derecho fundamental a la seguridad social.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación argumentando que conforme a los parámetros legales que regían a las AFP y especialmente a PORVENIR S.A. no fue posible predicar el incumplimiento de un deber de información en cabeza de esa entidad y a cargo de la afiliación realizada por parte del actor, contrario a ello, se exigió a la representada cumplir con un deber de información con unos parámetros que surgieron con posterioridad a estos actos realizados por parte del demandante a través de la expedición de normas como el Decreto 2555 del 2010, Decreto 2071 del 2015, Ley 1748 del 2015, además con una jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que surgió a partir del año 2008. En ese orden de ideas manifestó que se estaba obligando a la AFP cumplir un imposible y a proporcionar información en los términos que para el momento en que el demandante realizó los diferentes actos de afiliación no estaban vigentes y no le eran oponibles, máxime si se tuvo en cuenta que esta normatividad citada anteriormente no contaba con el carácter de retroactiva. En virtud de lo

anterior, sostuvo que no era posible predicar una falta del deber de información por parte de PORVENIR en la medida en que ese contexto, es decir, en los año 1997 y posteriormente 2006 no existió la obligación de hacerlo. Así mismo reiteró también que el demandante manifestó a partir del interrogatorio de parte tener conocimiento del funcionamiento del RAIS y eso fue un hecho que no pudo ser desconocido al momento de proferir la decisión y más si se tuvo en cuenta que denotó la información y el cumplimiento del deber de información que fue realizado por parte de PORVENIR en el momento en que el demandante decidió afiliarse al RAIS y posteriormente siguió afiliado al régimen, aun sabiendo y teniendo conocimiento que podía retornar al RPMPD y que por su actuar negligente claramente no realizó la solicitud ante COLPENSIONES. Manifestó además, que incluso en el interrogatorio de parte y en el escrito de demanda que la inconformidad que presentó al interior del régimen, a lo que llamo supuesto engaño, se fundamentó principalmente en una diferencia aritmética que escapa de la órbita de responsabilidad, pues fue el demandante quien con sus cotizaciones, beneficiarios, con su expectativa de vida tuvo la potestad y la faculta de determinar cuál iba a ser el valor que le debió o que le pudo ser calculado en el RAIS; esa responsabilidad no trascendió al ámbito de PORVENIR y en esa medida también recalcó que el demandante estuvo afiliado durante todo el tiempo y que en ningún momento presento ningún tipo de inconformidad o solicitud de retorno al RPMPD que le fuera negado con anterioridad al cumplimiento de 52 años de edad, relatando que el demandante ratificó su voluntad de estar afiliado a ese régimen en una y otra ocasión y que para ello era importante analizar la sentencia 3752 del 15 de septiembre del 2020 en la medida en que la actora realizo diferentes actos de relacionamiento al interior del régimen que permitieron validar la información y las características que le fueron presentadas en diferentes ocasiones. Reiteró que el demandante en ningún momento solicitó su retorno al RPMPD antes del cumplimiento de sus 52 años de edad y el actuar negligente que tuvo respecto a su futuro pensional no le pudo ser endilgado porque siempre obro de buena fe y fue diligente respecto a la administración de los recursos del actor. En segunda medida, manifestó que, en caso de que el Tribunal decidiera confirmar la decisión de primera instancia, se tuviera en cuenta la improcedencia de ordenar la devolución de los gastos de administración y menos que los mismos fueran devueltos de forma indexada, explicando que esos gastos fueron descontados conforme lo autorizó el legislador y fueron utilizados para generar unos rendimientos en la cuenta de ahorros individual del actor que claramente se pudieron verificar a partir de los documentos que fueron aportados con la contestación de la demanda. Así las cosas, arguyó, que retornar esos rubros COLPENSIONES implicaba un enriquecimiento

sin justa causa a favor de dicha entidad y cargo de la entidad representada y además implico un pago doble en la medida en que se ordenaron devolver los rendimientos financieros que fueron generados por la cuenta de ahorro individual. Por último, manifestó que era procedente dar prosperidad a la excepción de prescripción formulada en el entendido que conforme a lo que establecieron los artículos 448 del CST y 151 del CPTSS y contrario a lo que manifestó el Juez no estaba en discusión un derecho fundamental o constitucional del demandante, solamente se encontraba en discusión el acto de afiliación que el actor suscribió y que conforme los términos legales establecidos en la norma citada anteriormente, se encontraba prescrito, expuso que entender un término de prescripción diferente o argumentar que esos actos de afiliación no prescriben implicaba una vulneración al principio de seguridad jurídica y confianza legítima.

La apodera judicial de PROTECCION S.A. interpuso recurso de apelación solicitando se revocara parcialmente la sentencia en lo relativo a la condena a trasladar a COLPENSIONES los valores que en su momento fueron descontados por gastos de administración, por el tiempo que la demandante estuvo allí afiliada. Expuso, tales los descuentos fueron realizados de la cuenta de ahorro individual del demandante por autorización legal y dicho porcentaje se usa para cubrir los gastos de administración y operan en ambos regímenes; precisando, que obra como prueba que durante la afiliación del demandante la cuenta de ahorro individual recibió unos rendimientos que no pudieron llegar a ser los mismos si hubiesen generado en el RPMPD, por cuanto el sistema de capitalización de cada uno de los regímenes es totalmente diferente, mientras que los rendimientos que pudieron generar en su momento el Instituto de Seguros Sociales lo pudieron generar hoy COLPENSIONES fueron mucho menores a los que se pudieron generar en fondos privados, porque estos son invertidos en acciones que estaban directamente en el mercado, no con el ahorro de todos los afiliados como ocurrió en COLPENSIONES en el fondo común. En ese mismo sentido manifestó que se realizó una buena gestión de los dineros mientras el demandante estuvo afiliado a PROTECCION S.A., indicando igualmente, que esos dineros, la AFP tenía derecho a conservarlos como restitución mutua a su favor y que al momento de trasladárselos a COLPENSIONES de alguna forma constituye un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad y del demandante, por entregar unos dineros que no estuvieron destinados a suplir la pensión de vejez del demandante y donde adicionalmente se ordena el traslado de los rendimientos que se dieron única y exclusivamente por la afiliación generada al RAIS. Finalmente explicó que al momento de generar la condena de primera instancia, era importante señalar que fueron dineros con los cuales se afectó

directamente al patrimonio de la entidad de PROTECCION porque la cuenta de ahorro individual no se encontraba en cabeza de la entidad y dichos dineros fueron descontados durante la afiliación explicando entonces que PROTECCION entraría a responder directamente con su patrimonio y al final, se constituía una condena en perjuicio, los cuales no fueron materia de litigio y no fueron demostrados por el demandante, ni tampoco estuvieron vistos frente a la responsabilidad civil. Señaló igualmente, que en este caso en particular PROTECCION actuó como un tercero de buena fe porque desconoció las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron el traslado de régimen y que afectaron las afiliaciones posteriores que realizó el demandante, que no solamente se habló de una sino de tres afiliaciones retornando a la entidad que supuestamente realizó una desinformación o un engaño en su contra.

La apoderada judicial de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación contra la providencia proferida manifestando, en primer lugar, que en el proceso se censuró que no hubo una suficiente oportuna clara información sobre las implicaciones que llevaba el traslado sobre la asesoría brindada en el momento de la afiliación de la demandante. No obstante, se desconoció en el fallo que el deber de información tuvo varias etapas, la primera etapa el Decreto 663 de 1993, la segunda etapa con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 del 2010 y una tercera etapa la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015; de modo que el análisis de la información suministrada por la AFPS y por la representada al alcance de la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación debió ser valorado bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción de formulario o de la materialización del traslado, no siendo razonable ni jurídicamente valido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen; que estas exigencias debieron desvirtuar el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consistió solamente en la posibilidad de defensa o la oportunidad para interponer recursos sino que exige además, como lo dijo el artículo 29 de la carta política el ajuste a las normas preexistentes a lo que se juzga, es decir, que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tenían justificación jurídica alguna y violó gravemente el debido proceso a COLPENSIONES, que sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación. Sostuvo que en el presente caso se evidenció que al demandante se le dio la información clara, oportuna y completa la cual se encontraba vigente al momento en el que la demandante realizó la solicitud de traslado y que se hizo con la totalidad de los requisitos de la norma vigente que para la época, razón por la cual se cumplió a cabalidad con lo que señaló el Decreto

692 de 1994, allegándose al presente proceso el formulario completamente diligenciado por parte de la demandante, así como que existió la voluntad de manera libre y voluntaria de ella de afiliarse al RAIS y que de igual manera, en el caso se desconoció que la demandante hizo actos de relacionamiento frente a que fue su intensión y su actuar trasladarse de manera horizontal al RAIS con la AFP de dicho fondo y que por esa razón la demandante ratificó ese deseo de permanencia de régimen. Que, si bien se evidenció en el actuar de la parte actora un acto de negligencia teniendo en cuenta que nunca tuvo intención de retornar RPMPD, no se evidenció documento alguno que demostrara que la actora tuvo la intensión de retornar en tiempo al RPMPD.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el recurso de alzada y la respectiva contestación a la demanda, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. A su turno, la parte actora allegó alegaciones de conclusión en similares términos a los expresados tanto en la alzada como en el libelo introductorio del proceso.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la

posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 02 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 01 de enero de 1957, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 15 de mayo de 2019 (fl. 17 y 18), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 663 semanas cotizadas tanto en el sector público como en el ISS (fls. 8 a 14), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso,

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

acaeció el 05 de febrero de 1997, según información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR (fl. 03).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el

proveído, se produce engaño no solo 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 de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (05 de febrero de 1998, Fl., 03), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la parte accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado

inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media

con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen. De igual modo, se precisa, el hecho de que la parte actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que se trató de traslados dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliado.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se modificará igualmente la decisión de primer grado, para en su lugar, establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un TRASLADO INEFICAZ. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que las consecuencias de la omisión de información en el

momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un TRASLADO INEFICAZ, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos allí consignados. En lo demás se confirma la decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

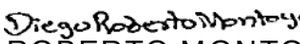
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MYRIAM HAYDEE CASTILLO SALAMANCA contra COLPENSIONES, AFP´S PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-030-2018-00568-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las accionadas, contra la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de marzo de 2021. De igual modo, revisarla en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora MYRIAM HAYDEE CASTILLO SALAMANCA promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS ante la AFP PORVENIR y posteriormente a la AFP COLFONDOS. En consecuencia, se les condene a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dinero por bonos, cotizaciones, sumas adicionales por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados. se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación al RPMPD y a recibir los referidos aportes y rendimientos, corrigiendo y actualizando su historia laboral.

A su vez, como pretensiones subsidiarias, solicitó que se declare como inexistente el acto por medio del se trasladó del RPMPD al RAIS, por lo que resultan INEXISTENTES las afiliaciones a los fondos privados demandados. Se declare que

para todos los efectos jurídicos la parte demandante siempre ha permanecido en el RPMPD sin solución de continuidad en la afiliación. Se ordene a los fondos privados demandados, la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración y ordenar a COLPENSIONES reactivar la afiliación y recibir los aportes y rendimientos devueltos por los fondos privados demandados; y finalmente actualizar y corregir su historia laboral de la parte demandante. Además de la condena en costas a todas las entidades demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, mencionó que nació el 20 de octubre de 1960, e inició a cotizar en el RPMPD, en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales —ISS desde el 02 de marzo de 1993 hasta mayo de 1998, año en el cual efectuó el traslado al RAIS, mediante la afiliación a PORVENIR S.A. por no recibir información técnica, adecuada y completa, trasladándose posteriormente a la AFP COLFONDOS, donde se encuentra actualmente afiliado y tiene cotizadas un total aproximado de 1.316 semanas durante toda su vida laboral. Indicó que los promotores encargados de la afiliación no contaban con formación profesional o capacitación adecuada que le permitiera informar o suministrar información completa, veraz y suficiente, para tomar la decisión de trasladarse, resaltando que no le advirtieron de las riesgos que existían, como tampoco le explicaron las distintas modalidades de la pensión, o cómo funcionaba financieramente el fondo, en la misma medida aseveró que omitieron informarle qué era un bono pensional, y su derecho al retracto; por el contrario le afirmaron que su condiciona pensional sería mucho más ventajosa, que el ISS desaparecería, que le convenía trasladarse porque tendría un mejor monto pensional; por lo anterior, presentó ante las demandadas solicitudes para que se aceptara la nulidad de la afiliación, peticiones que fueron resultas de manera negativa (Fls. 74 a 93).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que en el presente asunto no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante MYRIAM HAYDEE CASTILLO SALAMANCA y la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones Y Cesantías PORVENIR S.A, y posteriormente COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS es nulo y/o ineficaz, toda vez que obran dentro del

presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al RAIS. Agregando que el artículo 83 de la Constitución Política del año 1991, manifiesta que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas, por lo que de alegarse por parte de la demandante que la AFP PORVENIR S.A., a través de sus asesores comerciales, mediante maniobras engañosas, efectuó el traslado del RPMPD con destino al RAIS, es a esta misma a quien le corresponde única y exclusivamente, desvirtuar la buena fe del Fondo de pensiones. De tal modo que el traslado goza de validez. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 100 a 109).

La AFP COLFONDOS S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, aunque el traslado de régimen pensional no se realizó a través de Colfondos S.A., el traslado entre administradoras del mismo régimen pensional que hizo señora Castillo Salamanca de Porvenir, fue un acto que se celebró con el pleno cumplimento de los deberes y requisitos legales exigidos para el momento de la vinculación, por lo que ante la inexistencia de presupuestos de hecho y/o de derecho que den lugar a declarar la nulidad o ineficacia de dicha afiliación, el acto celebrado con Colfondos S.A. goza de plena validez, pues dicha afiliación se dio con el cumplimento pleno de los requisitos legales exigidos para el momento de la vinculación y no existen presupuestos de hecho y/o de derecho que den lugar a declarar la nulidad o Ineficacia de dicha afiliación. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de del derecho reclamado», «inexistencia de vicios del consentimiento que generen nulidad», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 157 a 186 y 237 a 267).

La AFP PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, manifestando para tal efecto que, la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Por lo tanto, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación, no fueron caprichosas o abusivas, sino que obedeció al

resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que para el efecto ha impartido la Superintendencia Financiera de Colombia. Siendo claro entonces, que la demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello, suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento en el proceso de vinculación, ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas», «buena fe», «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (Fls. 220 a 227).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 12 de abril de 2021; declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del RPMPD, al RAIS mediante PORVENIR S.A., el 01 de julio de 1994. En consecuencia, condenó a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, incluidos los rendimientos y gastos de administración, debidamente indexados; condenó tanto PORVENIR y COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados mientras la actora permaneció en dichos fondos. Ordenó a COLPENSIONES actualizar la historia laboral del accionante, una vez reciba los traslados. Condenó en costas a las AFP COLFONDOS Y PORVENIR.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha establecido que para que el traslado de régimen sea válido es menester que el afiliado haya recibido una información amplia y completa sobre las implicaciones de su decisión. Precisó que no basta con que el fondo entregue la información al afiliado, sino que debe demostrar en juicio que cumplió con tal deber, aclarando que el formulario de afiliación no es suficiente para tal fin, dado que no acredita la existencia de un consentimiento informado. En ese orden, señaló que, conforme al Código Civil, el consentimiento de la actora se vio afectado por el dolo, dado que la AFP debió actuar si quiera con la mínima diligencia posible, máxime cuando su función no solo es administrar correctamente sus negocios sino también brindar a los afiliados toda la información que se requiera para que su consentimiento no sea viciado. Por lo anterior, concluyó que la AFP no acreditó el cumplimiento del deber de información, pues los comunicados allegados no dan cuenta de que el actor recibió la información completa, veraz y oportuna,

aunado a que no puede darse por satisfecho el deber de información solo con una expresión genérica, sino que deben documentar de forma detallada las asesorías brindadas. Manifestó que los traslados horizontales no subsanan el traslado de régimen y que los términos de prescripción laboral y civil no afectan el derecho a la pensión por estar ligado al derecho fundamental a la seguridad social.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación de manera parcial en contra de la decisión proferida, en lo atinente a la no condena en costas para COLPENSIONES, argumentando que esta entidad también fue vencida en juicio dentro del proceso, que las pretensiones del libelo introductorio fueron concedidas y siendo la condena en costas una de las pretensiones de dicha demanda debidamente controvertida por la demandada oponiéndose en forma activa, siendo adicionalmente una consecuencia directa de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional y de la controversia surtida en esa instancia esas debieron ser reconocidas igualmente manifestando que así lo estipulo el artículo 365 en el que también se fundamentó el reconocimiento de las mismas para las otras entidades demandadas; aunado a que también se le concedió el grado jurisdiccional de consulta, adicionalmente trajo a colación jurisprudencia emitida por la Sala Laboral de este Tribunal, para precisar que las costas procesales son una forma de compensación que estableció el legislador a favor de aquella parte que se vio obligada a la defensa de sus derechos agotando así capital para ellos, por lo que le asiste a la parte demandante al reprochar la no imposición de la condena en costas en cabeza de las accionadas pues como indicó en procedencia la parte demandante se vio compelida a acudir a la jurisdicción en procura de sus derechos haciéndose necesario de su parte el esfuerzo tanto económico como profesional, razón por la cual la compensación en dicho esfuerzo y desgaste es la consecuente condena en costas a cargo de las entidades a las que hubieron lugar en la Litis, en esa medida, solicitó que se revocara la sentencia apelada en lo entendido a la de condenar en costas de primera instancia a todas las entidades demandadas.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. recurrió la decisión para que se revocara en su totalidad, manifestando reiteradamente que la información que se le brindó a la demandante fue completa, clara y comprensible, sin embargo el fallador de primera instancia declaró nula o ineficaz la afiliación cuando la demandante de forma libre y voluntaria se vinculó con PORVENIR S.A.; señaló que si se habló de nulidad era necesario validar vicios del consentimiento argumentando que objetivamente el fallador de primera instancia generó un recuento normativo en el

cual explicó que efectivamente no se pudo dar lugar a la nulidad ya que no hubo vicio del consentimiento probado, ni demostrado dentro del proceso y que tampoco existió una nulidad absoluta puesto que la demandante era una persona mayor de edad totalmente capaz; que se habló de la culpa manifestando que efectivamente debido a una negligencia que nunca quedó probada ni demostrada dentro del proceso, ni se generó un dolo, recordando entonces que el Código Civil dice también que el dolo debe ser probado. Explicó también que el asesor de Horizonte en ningún momento generó ningún tipo de intención de causar daño que quedara probado dentro del proceso como para poder declarar la nulidad. En cuanto a la ineficacia, sostuvo que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 claramente habla de impedir o atentar y eso tampoco quedó manifestado y probado dentro del proceso. Manifestó que era necesario validar que efectivamente los documentos que tenían en su poder fueron aportados al proceso para determinar y demostrar que la demandante ha estado válidamente afiliada al RAIS sin que existiera algún tipo de inconformidad cuando generó su traslado a PORVENIR S.A. que hubiese sido demostrado también por la parte demandante, señalando en cuanto al formulario de afiliación, que se le restó valor probatorio pero que el artículo 114 de la ley 100 de 1993 indica que un traslado de régimen se debe hacer por escrito con la manifestación de que se hace de manera libre y voluntaria, tal como se hizo, cumpliendo con la ley, añadiendo a ello que el fallador de primera instancia no indicó que si ese formulario carece de los elementos de juicio para determinar que la demandante estuvo válidamente afiliada al RAIS y estuvo válidamente afiliada con PORVENIR S.A, entonces debía señalarse cual era el documento exigido a las a las administradoras para que se pudiera demostrar esa afiliación valida y en que norma se encontraba descrita. Aunado a lo anterior, sostuvo que la demandante se encontraba inmersa en la previsión legal que establece la ley 797 del 2003 recordando que esta norma fue sometida a un control previo constitucional y que conforme a la sentencia C-1024 del 2004 fue declarada exequible previniendo aspectos de interés general por encima del particular con la protección del sistema general de pensiones con la nueva capitalización del RPMPD con un principio de estabilidad financiera en el RAIS, por tanto, no era válido que la demandante se escudara en una falta de información simplemente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones. Expuso que era importante validar que la demandante estuvo afiliada con PORVENIR hasta el año 2001 en el que se trasladó a COLFONDOS todos los dineros que tenían en su poder por tanto dentro de las arcas de PORVENIR no reposaba dinero alguno de la demandante, sin embargo dijo que el fallador de primera instancia generó una condena en cuanto a gastos de administración indicando que deben ser asumidos bajo el propio patrimonio y adicional a ello de manera indexada, en ese caso se generaba una doble

condena por el mismo propósito, generando también un perjuicio no fue probado ni manifestado dentro del proceso. Finalmente adujo, que de acuerdo al inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, también que en el RPMPD se destina un 3% de cotización a fin de financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobreviviente, precisando que estos gastos no forman parte integral de la pensión vejez, es decir, no son un emolumento que pertenezca o que fuera del afiliado por tanto no era válido generar una entrega de gastos de administración, porque no eran dineros que le correspondían a financiar una pensión vejez. Resaltando en este sentido, que la Superintendencia Financiera en conceptos como el del 17 de enero del 2000 indicó de forma expresa que cuando procediera ese traslado de régimen o una condena por ineficacia o por nulidad, los únicos dineros que se deben trasladar son los dineros de la cuenta de ahorros del afiliado y los rendimientos sin que procedieran los gastos de administración, ni la prima provisional de seguro, en consideración a que la compañía cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.

La apoderada judicial de COLPENSIONES, de igual, interpuso recurso de apelación argumentando para tal efecto, que en el fallo se desconoció que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones había tenido varias etapas, la primera etapa el Decreto 663 de 1993, la segunda etapa con la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 del 2010 y una tercera etapa la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015; de modo que el análisis de la información suministrada por la AFPS y por la representada al alcance de la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación debió ser valorado bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción de formulario o de la materialización del traslado, no siendo razonable ni jurídicamente valido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen; que estas exigencias debieron desvirtuar el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consistió solamente en la posibilidad de defensa o la oportunidad para interponer recursos sino que exige además, como lo dijo el artículo 29 de la carta política el ajuste a las normas preexistentes a lo que se juzga, es decir, que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tenían justificación jurídica alguna y violó gravemente el debido proceso a COLPENSIONES, que sin haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación. Sostuvo que en el presente caso se evidenció que al demandante se le dio la información clara, oportuna y completa la cual se encontraba vigente al momento en el que la demandante realizó la solicitud

de traslado y que se hizo con la totalidad de los requisitos de la norma vigente que para la época, razón por la cual se cumplió a cabalidad con lo que señaló el Decreto 692 de 1994, allegándose al presente proceso el formulario completamente diligenciado por parte de la demandante, así como que existió la voluntad de manera libre y voluntaria de ella de afiliarse al RAIS y que de igual manera, en el caso se desconoció que la demandante hizo actos de relacionamiento frente a que fue su intensión y su actuar trasladarse de manera horizontal al RAIS con la AFP de dicho fondo y que por esa razón la demandante ratificó ese deseo de permanencia de régimen. Que, si bien se evidenció en el actuar de la parte actora un acto de negligencia teniendo en cuenta que nunca tuvo intención de retornar RPMPD, no se evidenció documento alguno que demostrara que la actora tuvo la intensión de retornar en tiempo al RPMPD.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el recurso de alzada y la respectiva contestación a la demanda, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. A su turno, la parte actora allegó alegaciones de conclusión en similares términos a los expresados tanto en la alzada como en el libelo introductorio del proceso.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos

procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002[1].

A folio 03 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 20 de octubre de 1960, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2017, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 18 de agosto de 2016 (fl. 31), es decir, cuando evidentemente ya le faltaban menos de diez años de edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 57 semanas cotizadas al ISS (fl. 6), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual

[1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 17 de junio de 1998, según información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR (fl. 229).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como 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, 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, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo 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 de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A., inclusive COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (17 de junio de 1998, Fl., 229), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución

de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la 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, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que «en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15

años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen. De igual modo, se precisa, el hecho de que la actora hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que se trató de traslados dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo cual, por demás, no convalida la ineficaz afiliación inicial, así como el hecho de haberse orientado sobre las características propias del RAIS mientras estuvo allí afiliado.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas en estricto sentido las AFP, incluida COLPENSIONES, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se modificará la decisión en este aparte de la sentencia.

En ese sentido, se modificará igualmente la decisión de primer grado, para en su lugar, establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo, sino en un TRASLADO INEFICAZ. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo, sino en un TRASLADO INEFICAZ, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos allí consignados. En lo demás se confirma la decisión.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal noveno de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar en costas procesales de primera instancia a COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en precedencia.

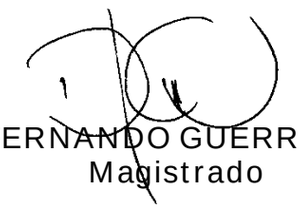
TERCERO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

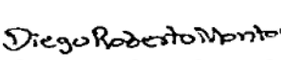
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUIS FERNANDO MOLINA GUERRERO Y OTRO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES - Rad. 110013105-017-2018-00380-01.

En la fecha, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora respecto de la sentencia proferida 04 de junio de 2021 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La señora **DOLLEY CAMARGO BERNAL** por medio de apoderado judicial, formuló demanda ordinaria laboral con el fin de que se reconozca que le asiste el derecho al pago de un incremento adicional a la pensión de vejez, del 14% sobre la mesada pensional, por su cónyuge LUIS FERNANDO MOLINA GUERRERO, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES al pago del retroactivo desde la fecha a partir de la cual se dio el reconocimiento de la pensión de vejez, la indexación, las costas del proceso y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, en síntesis, que mediante Resolución No. 101631 del 12 de febrero de 2010, le fue reconocida una pensión de vejez a su cónyuge, el señor LUIS FERNANDO MOLINA GUERRERO por parte del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL hoy COLPENSIONES, aplicándosele el

Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. Aseveró que pese a que detenta la calidad de cónyuge, el ISS negó la solicitud de incremento pensional por personas a cargo a que se refiere el Acuerdo ya mencionado, argumentando que la pensión fue adquirida en vigencia de la Ley 100 de 1993, contrariando el principio de inescindibilidad. Añadió que depende económicamente de su cónyuge, en tanto no recibe ninguna pensión, de tal forma que cumple con los requisitos previstos para el reconocimiento del incremento pensional (fls. 3 a 9).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando para tal fin que, el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% no está contemplado en la Ley 100 de 1993, máxime cuando de conformidad con las sentencias de unificación emitidas por la Corte Constitucional SU140 de 2019 y SU 230 de 2015, el régimen de transición, sólo se aplica en cuanto a la edad, el tiempo de servicio y el monto de cotización, no a los beneficios adicionales como el incremento solicitado. Señaló que la señora DOLLY CAMARGO BERNAL carece de legitimación en la causa por activa, en tanto es el pensionado quien debe realizar la solicitud de incremento pensional. Aseveró que cualquier otro derecho que pudiera ser reconocido a la actora, se encuentra prescrito. Explicó que no reconoció el incremento pensional a favor de la demandante, en tanto la pensión del señor LUIS FERNANDO MOLINA fue reconocida en vigencia de la Ley 100 de 1993, aunado a que aquella no acreditó el cumplimiento de los requisitos para tal fin. Propuso como excepciones de mérito las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe» e «innominada o genérica» (fls. 18 a 22).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 04 de junio de 2021, el Juzgado 01 Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda y condenó en costas a los demandantes.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró, en síntesis, que la señora DOLLEY CAMARGO BERNAL carece de legitimación en la causa por activa, dado que el pensionado es el único facultado para solicitar el incremento pensional por personas a cargo, declarando de oficio la excepción de falta de legitimación en la

causa por activa, respecto de aquella. Explicó que el señor LUIS FERNANDO MOLINA GUERRERO acreditó su calidad de pensionado desde el 17 de diciembre de 2009 y su condición de beneficiario del régimen de transición conforme con el Acuerdo 049 de 1990, toda vez que de ello da cuenta la Resolución 01631 del 12 de febrero de 2010. Señaló que de acuerdo con la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, el incremento pensional por personas a cargo no hace parte integral del derecho pensional, pues así lo dispuso el Acuerdo 049 de 199º, de tal suerte que, dicho beneficio prescribe con el paso del término trienal contemplado en la legislación laboral. En ese orden, recordó que el ISS reconoció el derecho pensional al señor LUIS FERNANDO MOLINA, el 12 de febrero de 1990, mientras que la solicitud de reconocimiento de incremento pensional se presentó el 10 de noviembre de la misma anualidad, encontrando que el actor no inició la acción correspondiente dentro de los tres años siguientes a esa data, pues ello sólo se produjo el 10 de julio de 2018. Igualmente, resaltó que tal como lo propuso COLPENSIONES, la Corte Constitucional ha sostenido que la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 conllevó una derogatoria orgánica del acuerdo 049 de 1990, en torno al beneficio del incremento pensional, de forma que aquel no resulta aplicable ni siquiera cuando el derecho haya sido adquirido bajo las previsiones del régimen de transición.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos solicitando se confirme la decisión. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si en el presente caso le asiste derecho al demandante para obtener el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo.

CONSIDERACIONES

Sobre el derecho a percibir los incrementos pensionales del Acuerdo 049 de 1990, esta Sala de decisión había venido sosteniendo de conformidad con el criterio expuesto por la Sala Laboral de la CSJ, que estos no habían desparecido de la vida

jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tal como lo había concluido la Alta Corporación en múltiples pronunciamientos predicando que los incrementos del 7 y 14% el Decreto 758 de 1990 conservaban su vigencia, no obstante el no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados, debía entenderse que conservaban su plena vigencia.

No obstante, recientemente en la sentencia SL2061-2021 expedida por la Sala de Casación Laboral el diecinueve (19) de mayo de dos mil veintiuno (2021), varió su criterio precisando:

> *«En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año,* ***basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica****, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:*
>
> *[…]*
>
> *En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).*
>
> *[…]*
>
> ***7. Conclusiones***
>
> ***De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica****; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.*
>
> *De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada»* (negrillas ajenas al texto original).

Lo anterior pone de presente que se acogió de manera pura y simple lo expuesto por la Corte Constitucional identificada como SU140-19 que estimó que con la promulgación de la Ley 100 de 1993 los incrementos pensionales por persona a cargo desaparecieron de la vida jurídica. En ese orden, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, se acogerá en lo sucesivo el criterio allí expuesto, en tanto y en cuanto, que a partir de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, 1° de abril de 1994, quienes adquirieron el derecho a la pensión en vigencia de esta ley, aunque le resulte aplicable el Decreto 758 de 1990, en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la ley ibídem, no tienen derecho al citado incremento pensional.

Definido lo anterior, en el caso concreto se evidencia que al demandante le fue reconocida su pensión de vejez de conformidad con lo regulado por el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, según se corrobora con la Resolución N. 101631 del 12 de febrero de 2010 (fls. 11 y 12), por lo que en aplicación del criterio jurisprudencial expuesto, se concluye que al demandante no le asiste derecho al incremento pensional por cónyuge a cargo, dado que su pensión de vejez, pese a haber sido reconocida en aplicación del Decreto 758 de 1990, lo fue en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, otorgada a partir del 17 de diciembre del 2009; por ello, sin más consideraciones al respecto, se confirmará la decisión objeto de estudio sin que sean necesarias más elucubraciones.

En este orden de ideas, sobra cualquier elucubración sobre la eventual ilegitimidad en la causa por activa o la prescripción extintiva de lo reclamado, pues lo cierto es que conforme al precedente jurisprudencial del órgano de cierre de la especialidad que se acoge, el que además está en armonía con una sentencia de unificación constitucional que se relaciona, el derecho no nació a la vida jurídica.

En esos términos se decidirá. Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

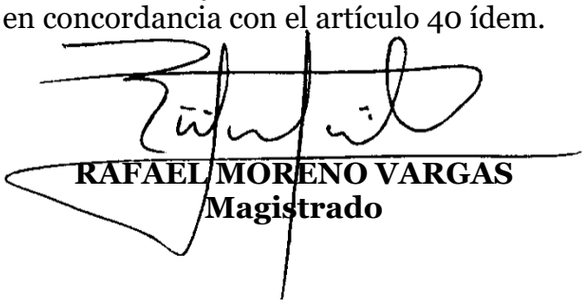
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

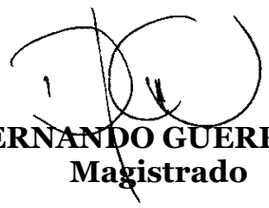
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.